
Sobre la Justicia y el Derecho. Principios de la teoría del derecho natural

On Justice and the Law: Principles of the Theory of Natural Law

RECIBIDO: 27 DE AGOSTO DE 2013 / ACEPTADO: 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013

Eduardo MOLANO

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional Canónico y de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra
emolano@unav.es

Resumen: Este trabajo trata de resumir algunos principios de la teoría clásica del derecho natural sobre las nociones básicas de la justicia y del derecho. En primer lugar, trata de la justicia como orden de la sociedad y como virtud. Se refiere después a los diversos significados del derecho, considerado como objeto de la justicia, como derecho subjetivo, como norma o ley, como ciencia y jurisprudencia. A continuación, trata de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo. Finalmente, se refiere al significado de la teoría clásica de derecho natural en relación con el positivismo jurídico, así como a la necesidad de repensar continuamente esa teoría para que pueda desempeñar la función que le corresponde en el problema de la fundamentación del derecho.

Palabras clave: Derecho, Justicia, Ley, Ciencia y jurisprudencia, Derecho natural y derecho positivo, Teoría clásica del derecho natural.

Abstract: This paper offers an overview of some of the principles of the classical theory of natural law relating to the fundamental ideas of justice and rights. First, justice is presented as an order of the society and as virtue. Thereafter, the various meanings of right are explored: the object of justice; subjective right; norm or law; knowledge and jurisprudence. The interrelationships between natural law and positive law are then discussed. Finally, the classical theory of natural law is read in relation to legal positivism, and the need to continually renew such theory so as to ensure that it may continue to respond to the problem of grounding rights and the law is considered.

Keywords: Right, Justice, Law, Knowledge and Jurisprudence, Natural Law and Positive Law, Classical Theory of Natural Law.

1. INTRODUCCIÓN

Hace poco más de cincuenta años, la Revista «Ius Canonicum» publicaba en uno de sus primeros números un breve estudio de Hans Kelsen, que llevaba por título “Bases de la teoría del Derecho Natural”¹. Como se explicaba en una nota de la Redacción de la Revista, ese estudio era el texto de la exposición oral que el Prof. Kelsen había pronunciado en un coloquio científico celebrado en la Universidad de Salzburgo.

En ese texto, que resultaba muy interesante para conocer la posición del célebre jurista austriaco sobre la teoría del derecho natural, su autor reconocía ante quienes le escuchaban –se suponía que había muchos partidarios de la doctrina del derecho natural– que se encontraba en una “extraña posición”. El maestro de Viena explicaba que esa posición se derivaba de la respuesta que él daba al título escogido para su exposición en el coloquio: la base de la teoría del derecho natural.

Se trataba de saber qué respuesta había que dar a la pregunta de cuál es el presupuesto en el que se sustenta la validez del derecho natural. Según Kelsen, ese presupuesto sólo puede ser “la creencia en una Divinidad justa”. Dado que él no podía aceptar ese presupuesto, tampoco podía aceptar la consecuencia que de él se derivaba, es decir, el derecho natural. Así explicaba él mismo en qué consistía su “extraña posición”:

«Al sustentar yo la opinión de que esta creencia es el presupuesto esencial e ineludible de una verdadera Teoría del Derecho Natural, me encuentro, frente a aquellos de ustedes que, a pesar de hacer suya dicha creencia, participan de la extendida opinión según la cual la validez del Derecho Natural es independiente de la voluntad de una Divinidad omnipotente y de bondad infinita, en una extraña posición. Aparezco así aquí no –como ustedes quizá me suponen– cual un *advocatus diaboli*, sino, todo lo contrario, como un *advocatus Dei*».

Después de tan sorprendente declaración, que seguramente produciría el asombro o la perplejidad de algunos de sus oyentes, el resto de su exposición consistía, efectivamente, en tratar de demostrar que la teoría del derecho natural se basa en la existencia de Dios. Como él consideraba que esta verdad está basada en una creencia y no en un conocimiento científico racional, su conclusión era que no podía admitir tampoco la teoría del derecho natural.

¹ Cfr. H. KELSEN, *Bases de la teoría del Derecho Natural*, Ius Canonicum, vol. II, fascículo II (1962) 577-584.

Al mismo tiempo, su respuesta a esta cuestión era una crítica a la opinión de aquellos que se han esforzado por plantear las bases del derecho natural con independencia de la existencia de Dios –*etsi Deus no daretur*– como ocurrió sobre todo a partir de Hugo Grocio y de la llamada “escuela moderna” del derecho natural.

Transcurridos ya más de cincuenta años desde la publicación por «Ius Canonicum» de ese texto del famoso jurista vienés, el estudio de la teoría del derecho natural no sólo no ha pasado de moda, sino que sigue siendo al menos tan actual como entonces. La razón está en que la teoría del derecho natural tiene que ver con la cuestión del fundamento y del sentido del derecho, y esta cuestión tiene un interés permanente y no puede ser descuidada nunca ni por la ciencia, ni por la praxis jurídica. Ciertamente, no se puede construir un edificio sin cimientos, ni se puede proseguir un camino sin saber cuál es la meta a la que hay que llegar.

Las páginas que he escrito para esta ocasión no pretenden ser, ni mucho menos, un estudio de las bases de la teoría de derecho natural. Mi pretensión es mucho más modesta. Tratan de ser más bien como unos apuntes, a modo de un resumen sobre las nociones básicas acerca de la justicia y el derecho; una síntesis de principios que pudieran servir también como una breve introducción a la teoría clásica del derecho natural.

Cuando hace ya algunos años tuve que hacerme cargo de la enseñanza de la Filosofía del Derecho, en el primer curso de la Licenciatura de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra, me di cuenta de que los alumnos de esa materia, que se estaban introduciendo en el estudio del derecho, necesitaban tener claras desde el principio esas nociones básicas sobre el derecho y la justicia, así como otras similares próximas a ellas, y necesitaban tener a mano un resumen de algunas cuestiones esenciales que les permitiese también poder iniciarse en el estudio de la teoría del derecho natural.

Esto es lo que he pretendido hacer en las páginas que siguen. Por eso, en ellas he tratado de perfilar ante todo el significado de los conceptos más fundamentales, basándome en los principios de la teoría clásica del derecho natural. De ahí también el título que he escogido para encabezar estas páginas. He procurado hacerlo de la manera más breve y sencilla que me ha sido posible.

Al entregarlas para su publicación, tengo la esperanza de que no sólo puedan resultar útiles para mis alumnos de Filosofía del Derecho, sino también quizá para todos aquellos a quienes su lectura pudiera ayudar a reflexio-

nar de nuevo sobre una teoría, tan antigua y tan nueva, como la teoría del derecho natural clásico.

2. LA JUSTICIA

2.1. *La justicia en sentido amplio y en sentido estricto*

Son incontables las definiciones que se han dado a lo largo de la Historia sobre la *noción de justicia*. Por eso, resulta indispensable acotar el tema de alguna manera, para no perderse en la maraña de tantas definiciones.

Ante todo, la palabra justicia ha tenido y tiene un *significado amplio*, en virtud del cual se identifica prácticamente con la bondad, la santidad y la perfección. En este sentido es considerada como uno de los atributos de Dios: la justicia coincide así con la Voluntad de Dios, que siempre es buena y perfecta. En el mismo sentido amplio se la identifica también con una virtud general, como cuando se califica de justo al hombre virtuoso, al hombre que practica todas las virtudes. Éste suele ser también el sentido bíblico del término justicia.

Pero hay también un *significado más restringido* y que es el que se considera más propio en el ámbito del derecho, y por eso es el que a nosotros nos interesa, que refiere el término justicia sobre todo al ámbito de la sociedad y de las relaciones sociales, a aquellas relaciones entre las personas que exigen dar a cada uno lo que es suyo, es decir, aquello que es debido a otro según algún criterio racional de igualdad. Como vemos, en esta acepción el concepto de justicia se pone en estrecha relación con el derecho y por eso es el que se ha elaborado sobre todo en el seno de la cultura jurídica.

Efectivamente, las nociones de justicia y de derecho están íntimamente relacionadas. Así se ha manifestado con claridad a lo largo de la historia de esa cultura jurídica que comenzó con la jurisprudencia romana clásica y que llega hasta nuestros días. En este sentido, es muy significativo que el Libro I del Digesto, que forma parte de la recopilación del derecho romano que mandó hacer el Emperador bizantino Justiniano, tratase conjuntamente de ambas cuestiones bajo el título *de iustitia et iure*, como también lo hicieron así los innumerables comentarios que siguieron posteriormente a este título.

A la vez, es tal la riqueza de contenido que encierran estas dos nociones fundamentales que se hace muy necesaria una clarificación conceptual, que nos permita saber a qué nos estamos refiriendo cuando las utilizamos. Procuraremos distinguirlas también de otras nociones similares con las que están

muy relacionadas y con las que, a veces, llegan a confundirse. Esto es lo que vamos a tratar de hacer en las páginas que siguen, del modo más sencillo y breve posible, aun a sabiendas de la dificultad que la empresa comporta.

Trataremos en primer lugar sobre la justicia, y después lo haremos sobre el derecho.

2.2. *La justicia en sentido objetivo*

Hay dos significados fundamentales de la noción de justicia en sentido estricto a los que vamos a referirnos, un *significado* que podríamos llamar *objetivo*, como equivalente al orden social basado en criterios racionales de igualdad, y otro que podríamos llamar *subjetivo*, como equivalente a una virtud. Comenzaremos por la justicia en sentido objetivo.

En *sentido objetivo*, la justicia podemos considerarla como un *orden*, que está inscrito en la naturaleza humana, según el cual se pueden calificar de justas o injustas determinadas realidades, como pudieran ser los actos humanos (así, por ejemplo, cuando se dice que las acciones que este hombre realiza son justas), las cosas o bienes que pertenecen a las personas (como cuando decimos que son justos y que le son debidos los bienes particulares que pertenecen a esta persona en relación con lo que se le puede exigir a aquella otra), o incluso calificamos de justo el bien común general de la sociedad o el propio orden de la sociedad (así hablamos de un orden social justo o de una sociedad justa). En el mismo sentido, también se pueden calificar de justas o injustas las leyes aprobadas por un parlamento, los actos y decisiones tomados por un gobierno, o las sentencias dictadas por los jueces y tribunales.

Como *orden objetivo* de las cosas o de los bienes de las personas, la noción de justicia está muy emparentada con la *noción de igualdad*, que requiere una comparación entre al menos dos cosas o dos personas, para establecer una razón de proporción y la consiguiente ordenación entre ellas. Incluso podría definirse muy brevemente como un “orden de igualdad” –orden de razón basado en la igualdad–, aunque esta definición requiriese un análisis de los términos en que se basa y por tanto muchas otras explicaciones.

Éste es el planteamiento de fondo que está presente en la teoría clásica sobre la justicia y el derecho, en la cual se solía relacionar la noción de justicia con la de *orden natural* y con la de *ley natural*. Esta teoría consideraba que la ley natural es aquella que regula ante todo el orden general que existe en la naturaleza y en el cosmos (*ordo naturalis*). Luego, en el marco de este *orden*

natural del universo, la teoría de la justicia se fue restringiendo a ese orden más específico que es el *orden de la sociedad*. Así, la noción de justicia se fue reservando poco a poco para denominar el orden social, el cual tiene su fundamento en el orden de la naturaleza humana, en cuanto participado por la razón, lo cual presupone a su vez la libertad del hombre.

Así, se fue delimitando la noción de justicia como un orden referido especialmente a la sociedad humana, que tiene primariamente un significado moral y jurídico, el cual, aunque no es incompatible con el orden de la naturaleza, sí debe diferenciarse del simple orden natural, sobre todo si éste fuese entendido solamente –en sentido unívoco– como el orden de las leyes físicas. La noción de justicia se va especificando entonces como aquel *orden de la sociedad* por virtud del cual los *bienes particulares* de las personas están ordenados entre sí y, a la vez, están ordenados al *bien común general* de la sociedad, según una cierta *razón de igualdad*.

Así pues, este orden de la justicia está relacionado con las nociones de bien particular y de bien común general, además de con la noción de igualdad. En consecuencia, tiene su fundamento en la noción de *persona humana*, que es el sujeto, el centro y el fin del orden de la sociedad.

Por referirse al bien de las personas y al bien de la sociedad, estas nociones tienen un evidente significado ético que sitúan a la justicia en conexión con el orden moral. En este sentido, el orden jurídico y el orden moral son como dos círculos concéntricos que se entrecruzan, y que en parte son comunes y en parte diferentes. Consecuentemente, para la doctrina clásica de la ley natural, este orden de la justicia está fundamentado en el *bien* y forma parte del *orden moral*, a la vez que es distinto de él.

2.3. *La justicia como orden*

Por tanto, para entender bien la noción de justicia en sentido objetivo, es necesario conocer también la noción de *orden*. El tema tiene una cierta dificultad si se considera que, desde un punto de vista ontológico, el orden no pertenece a la categoría de *sustancia*, como ocurre con la persona humana, sino que según esa consideración ontológica es más bien un *accidente* del tipo *relación*. Precisamente por este carácter “relacional” de todo orden se hace más difícil captar su naturaleza.

Baste decir a nuestro propósito que una *relación de orden* exige siempre que se den, al menos, *dos términos* diversos, que se ordenen el uno al otro (*ordo*

unius ad aliud), un fin o *principio ordenador* y un *fundamento* en el que se basa. Así, por ejemplo, en el caso del *orden moral*, existe una relación entre los actos humanos y el fin último del hombre, al que se ordenan, y que es considerado como el sumo Bien. La bondad sería, en este caso, el fundamento de esta relación de orden entre los actos humanos y su fin.

En el caso del *orden social*, que es el ámbito en el que se encuentra el *orden jurídico*, se trataría más bien de aquella relación que existe entre las personas que forman parte de una sociedad, cuyo fundamento es el bien común de esas personas. Por tanto, cuando se trata de un orden entre las personas, como es el caso del orden social o del orden jurídico, los términos que se ordenan son las *personas* mismas, o a través de ellas también los *bienes particulares* y las cosas que les pertenecen, y el fundamento de ese orden está en la relación que guardan con lo que hace de *fin* o de *principio ordenador*, que es lo que llamamos *bien común*.

Para la existencia de un orden de personas o de cosas es necesario que cada una ocupe el lugar que le corresponde, a pesar de la variedad que pueda existir entre ellas. Por eso, siguiendo a san Agustín, el orden se puede describir como «la disposición de las cosas iguales y desiguales –*parium disparium-que rerum*– que da a cada una su lugar» –*sua quique loca tribuens dispositio*–². Aquí aparece ya la idea de la igualdad y desigualdad que pueden tener los diversos elementos de un orden, a la vez que la necesidad de que esos elementos ocupen el lugar adecuado a cada uno de ellos. Sin embargo, como se puede ver, dentro de este planteamiento, el orden se contempla más bien desde un punto de vista espacial, como un orden estático.

Pero el orden se puede considerar también desde un punto de vista temporal y dinámico. Cuando se trata de los actos humanos, cada uno de ellos se ha de realizar en el momento y en el tiempo en que les corresponde. El orden se entiende, entonces, en un sentido temporal más que espacial. Es el orden de finalidad que ordena las causas a los efectos y los medios a los fines. Por eso, en todo orden dinámico, como sería el caso del orden moral o del orden jurídico, tiene mucha importancia el *principio de finalidad*, como principio ordenador de todos los elementos que lo componen. De una forma muy sintética, Tomás de Aquino diría que el orden es «la recta razón o disposición de las cosas a su fin» –*recta ratio rerum ad finem*–, que se podría traducir también como la recta disposición de los medios en relación con el fin.

² AGUSTÍN DE HIPONA, *De civitate Dei*, XIX, 13, 1 (PL, XLI, 640).

Todo ello es de aplicación al *orden de la justicia* y al *orden del derecho*, al *orden jurídico*. El orden jurídico requiere un bien común, que hace las veces de fin y de principio ordenador, respecto a unas cosas o bienes particulares, que se ordenan por relación a ese fin, y que pueden hacer las veces de medios. Cuando ese fin o bien común se basa en un orden racional de igualdad entre las personas lo calificamos de justo –*bonum commune iustum*– y viene a identificarse con la justicia. Este bien común justo es lo que hace de fin o de principio ordenador de esas cosas o bienes particulares, que es a lo que llamamos derecho –*bonum iustum particulare*– y que no es otra cosa que el justo medio ordenado a ese fin. Así es como nos estamos aproximando al concepto clásico de la justicia y del derecho, entendidos en un sentido objetivo.

2.4. *Justicia e igualdad*

El *orden jurídico* es, por tanto, uno de los tipos o especies del *orden humano*, de aquel que está basado en la naturaleza del hombre. Atendiendo a esos elementos esenciales a los que hemos aludido, podemos describirlo como una de las especies del orden de la sociedad, en la que los bienes particulares de las personas se ordenan al bien común social. Si nos preguntamos, entonces, qué es lo que especifica al orden jurídico, dentro de ese género que es el orden social, podríamos responder que es precisamente el orden cualificado por la *justicia*. Como orden de justicia, el criterio ordenador se basa en una cierta razón de igualdad, por la que se establece una proporción entre las personas y los bienes que han de ser ordenados.

Por eso, lo que caracteriza al orden jurídico, como orden de justicia, y lo que lo diferencia de otros órdenes semejantes –como pudiera ser el orden moral, o como pudiera ser también el orden social, y, dentro de éste, el orden político– es que su principio ordenador es un bien común, pero este bien común no es el bien común total de la sociedad (*bonum commune sociale*), sino sólo aquella parte del bien común social que está basado en una medida de *igualdad* (*bonum commune iustum*). Este aspecto del bien común presupone la justicia y es lo que podríamos llamar un *orden social justo*.

Esta relación entre *justicia e igualdad* aparece ya en el pensamiento de la antigüedad; así, por ejemplo, en la doctrina de los filósofos griegos llamados pitagóricos, que concebían el mundo como un orden universal (*cosmos*), basado en unas relaciones entre los cuerpos que podían ser configuradas según modelos matemáticos. Esta doctrina influyó mucho a su vez en la doctrina pla-

tónica sobre la justicia. Posteriormente, esa relación entre justicia e igualdad ha atravesado los siglos y ha llegado hasta nuestros días, con diversas manifestaciones en el ámbito del pensamiento filosófico y jurídico³. Por eso, se puede considerar como una especie de doctrina común y, desde luego, como parte de la doctrina clásica de la ley natural y del derecho natural.

Pero hay que decir también que la igualdad en la que se basa el orden jurídico de la sociedad no es una igualdad aritmética, como es la que sirve para medir la cantidad material o las relaciones entre los cuerpos dentro del universo. Este tipo de igualdad es la que corresponde, sobre todo, a lo que antes hemos llamado un orden estático. En cambio, el orden jurídico es un orden humano, mide las relaciones entre los hombres que tienen lugar dentro de la sociedad y, por eso, en el caso del orden jurídico, se trata más bien de una

³ Podríamos citar dos ejemplos recientes, de amplia influencia en la actual Filosofía política, moral y jurídica: el de Rawls, en el ámbito de la Filosofía política, y el de Dworkin, en el ámbito de la Filosofía del derecho. Para ambos autores la justicia está muy relacionada con la igualdad y ambos están también muy interesados en la conciliación entre igualdad y libertad, considerando a esta última como un presupuesto de la igualdad.

John Rawls, Profesor de Filosofía política en la Universidad de Harvard, ha estudiado especialmente la cuestión de la igualdad en relación con la justicia distributiva. Para él la justicia consiste sobre todo en equidad. A su vez, la equidad se basa en tres principios: a) el principio de igual libertad, que consiste en el derecho igual que tienen todas las personas a gozar del más amplio espacio de libertades básicas; b) el principio de diferencia, según el cual las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo que resulten en el mayor beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad. c) el principio de la justa igualdad de oportunidades, según el cual los cargos y funciones deben estar abiertos a todas las personas en condiciones de igualdad de oportunidades. Puede verse, J. RAWLS, *La justicia como equidad*, Madrid 2002; *Teoría sobre la justicia*, México 2006.

Ronald Dworkin ha enseñado Derecho Constitucional y Filosofía del derecho. Sucedió como Profesor en la Universidad de Oxford a otro famoso filósofo del derecho del siglo XX, a Herbert L. A. Hart, cuyo positivismo jurídico basado en la filosofía analítica había criticado Dworkin. Para este autor el derecho se ha de basar sobre todo en principios, que son los que han de orientar la interpretación de los jueces. Según Dworkin, pueden existir varias interpretaciones que sean adecuadas, pero sólo una puede ser la correcta, y el criterio para encontrarla lo determina precisamente con base en el principio de igualdad. Esta fundamentación de la interpretación con base en el criterio de igualdad es el que pone punto final al proceso de justificación del derecho.

Por otra parte, considera que el principio de igualdad es también el último criterio en la escala de los valores, e incluye tanto lo que llama el derecho fundamental a ser tratado con igual consideración y respeto. Incluso entiende este derecho fundamental como un derecho natural. Considera también que tratar a las personas con igual consideración y respeto implicaría asegurarles un conjunto mínimo igual de recursos para que puedan llevar a cabo sus proyectos de vida. Puede verse R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Barcelona 1992; *Los derechos en serio*, Barcelona 1993; *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona 1993; *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets 2000.

igualdad de proporción. Es necesario encontrar una *razón de proporcionalidad* entre las partes que se miden o comparan, que muchas veces no son cosas materiales, sino actos humanos que no se pueden medir de modo matemático, como se miden las realidades corpóreas.

Se trata, por tanto, de una igualdad que, cuando se refiere a actos humanos, o a bienes inmateriales o espirituales de la persona, requiere diferentes reglas de medida, pero todas ellas habrán de basarse en una cierta razón de proporcionalidad entre esos distintos bienes. Esto significa, entre otras cosas, que hay que dar trato igual a lo que es igual, pero también, trato diferente a lo que es diferente. Esta igualdad de proporción se basa siempre en la *razón*, es una igualdad *secundum rationem*; por tanto, habrá de ajustarse a las cosas tal como son realmente y habrá de tener en cuenta también todas las circunstancias. Por eso se puede hablar de una *igualdad natural*, que es en la que se suele basar también la *equidad*.

2.5. *Justicia natural y justicia positiva o legal*

Teniendo en cuenta el modo de medir esta igualdad en la que se basa el orden jurídico, podríamos distinguir dos tipos fundamentales de la justicia:

En primer lugar, una justicia basada en esa igualdad natural *secundum rationem*, que es la que corresponde a la *naturaleza humana* y a la naturaleza de las cosas, es decir, esa igualdad que las personas y las cosas tienen en sí mismas. Así, las personas tienen derecho a que se respeten los bienes que legítimamente les pertenecen, como el derecho a la vida o a la libertad. De modo semejante, si una persona presta a otra una determinada cantidad mediante un préstamo sin intereses (por ejemplo 1.000 euros), tiene derecho a recibir esa misma cantidad, y no otra, cuando finalice el préstamo. A esta igualdad natural, reconocida por la razón, que se toma como regla de la justicia la podríamos llamar también *justicia natural*.

Esta justicia natural viene a coincidir, como luego veremos, con ese orden natural de la sociedad que ha de ser conforme con la *ley natural* y en el que se basa el *derecho natural*; ese orden objetivo que debe realizarse para que cada uno tenga lo suyo, es decir, para que cada persona tenga esencialmente los bienes y derechos que le corresponden y se respeten sus derechos naturales.

En segundo lugar, hay otro tipo de justicia que toma como regla de medida, no el orden natural que está basado en la naturaleza humana y en la naturaleza de las cosas, sino aquel orden que es fruto de los convenios libremente

establecidos entre los hombres, o aquel orden que se basa en las leyes positivas promulgadas por el legislador. A este tipo de justicia la podríamos llamar *justicia positiva*, o incluso *justicia legal*, por referirse a ese orden objetivo de igualdad que está regulado por las leyes positivas⁴.

Como se puede deducir de lo dicho, estas dos clases de justicia tienen diferente naturaleza, y en ella se basan sus mutuas relaciones. Por una parte, por estar basada en normas de libre determinación, que no derivan de la necesidad natural, la justicia positiva o legal tiene un carácter relativo y contingente, que habrá de tener en cuenta las diversas circunstancias. Por otra parte, dada la generalidad que es propia de las leyes, a veces las leyes positivas pueden no contemplar exactamente las circunstancias del caso concreto. Es entonces cuando podría entrar en juego la necesidad del recurso a la *equidad*, es decir, a la justicia basada en la igualdad natural (*aequitas naturalis*), para que pueda actuar como correctivo de la posible injusticia que se seguiría de la aplicación indiscriminada de una ley positiva. En este sentido, la justicia natural equivale a la equidad.

2.6. *Justicia y bien común*

En resumen, a este orden social que se basa en la igualdad y en el que cada persona, con sus bienes, ocupa el lugar que le corresponde dentro de la sociedad, se lo puede calificar de *orden social justo*. Este orden social justo coincide con lo que estamos llamando *justicia en sentido objetivo*.

En este sentido, la justicia podría ser considerada también como una propiedad o cualidad objetiva de las cosas o de los bienes, cuando están ordenadas según criterios o razones proporcionales de igualdad. Por eso, al bien común de la sociedad se lo puede calificar de justo en la medida en que está basado en ese orden de igualdad del que estamos hablando (*bonum commune iustum*). En este caso, podríamos decir también que la justicia forma parte del bien común general de la sociedad, es el bien común en cuanto que basado en reglas y en razones de igualdad.

A su vez, esta parte del bien común vendría a coincidir con el *orden general de la sociedad*, en la medida en que es un orden basado en la igualdad. Por ser también una parte importante del bien común de la sociedad, la justicia así

⁴ Esta justicia legal –en sentido objetivo– no habría que confundirla con la justicia legal como virtud, de la que hablaremos más adelante.

entendida puede ser considerada así mismo como el *fin* de todas las *leyes positivas* y del *derecho legal*.

Como tendremos ocasión de ver más adelante, la *noción de orden* es una noción clave, así mismo, para entender el significado correlativo que tienen las nociones de *justicia, derecho y ley*. En este sentido, la justicia es el orden objetivo que hay que realizar como fin del derecho; el derecho es el justo medio que está ordenado a la realización de la justicia; la ley es la regla de ese orden, la recta razón de igualdad para medir el derecho y la justicia.

2.7. *La justicia como virtud*

Hasta aquí hemos hablado de la justicia en sentido objetivo. Pero, cabe hablar también de la *justicia en sentido subjetivo*. En realidad se trata de dos sentidos que podemos considerar también como correlativos. Cuando hablamos de la justicia en sentido objetivo nos referimos al orden social en cuanto que es justo, estamos calificando de justo el orden de la sociedad. Cuando hablamos de la justicia en sentido subjetivo nos estaríamos refiriendo a la justicia en cuanto que califica a un sujeto y a sus actos, como una cualidad de la persona, por virtud de la cual sus actos se consideran justos. En el caso de que esa cualidad no fuese sólo algo pasajero, sino que fuese también una disposición estable y permanente de la voluntad, el sujeto que la poseyera se podría calificar como un hombre justo; y a esa disposición estable y permanente de la voluntad la podríamos calificar como un *hábito* o *virtud* de la persona.

Por tanto, esta consideración de la justicia en sentido subjetivo tiene que ver con el *orden moral*, especialmente si se considera la moral como un tratado sobre las virtudes, como ocurre en el caso de la filosofía moral clásica.

A este concepto de la justicia es al que se refiere la filosofía de Aristóteles y más tarde la filosofía estoica. Por influencia del estoicismo, este planteamiento es el que se refleja también en la definición clásica de Ulpiano: la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo (*ius suum cuique tribuendi*)⁵. Es la justicia que atribuye a cada persona su derecho o sus derechos, es decir, aquello que le corresponde como justo. En esta definición, el derecho aparece como lo justo, como aquel bien o conjunto de bienes que le corresponden a un sujeto como su bien justo (*bonum iustum*).

⁵ *Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Digesto, 1, 1, 10 pr.).

Esta justicia en sentido subjetivo es la que –desde Aristóteles– se suele dividir propiamente en *justicia particular* y en *justicia general*, que en este caso serían como las dos especies fundamentales de la virtud de la justicia⁶.

Cuando la justicia tiene por objeto la cosa o acción ordenada al bien particular que corresponde a cada persona se llama *justicia particular*. Se la puede llamar así por hacer referencia a esos bienes particulares o derechos de las personas que, en el marco de las relaciones jurídicas que tienen entre sí, están ordenados según las reglas de la igualdad y de lo justo. Lo que los clásicos llamaban *derecho* es propiamente el objeto de la justicia particular, el *justo medio* en que consiste lo justo particular (*bonum particulare iustum*). Este justo medio son las cosas o bienes de las personas, en cuanto ordenados entre sí y debidos a sus legítimos titulares, son los bienes que son debidos a cada uno como suyos.

En cambio, cuando la justicia tiene por objeto «lo justo general» ordenado al bien común (*bonum commune iustum*) se llama *justicia general*. Como lo justo general está medido sobre todo por las leyes positivas suele coincidir con lo que podemos llamar “lo justo legal” o “derecho legal”, con el derecho de la comunidad regulado por esas leyes en las que se basan los derechos de las personas en sociedad. Por eso, a la justicia general se la puede llamar también *justicia legal*.

Como antes decíamos, la noción de justicia en sentido subjetivo ha sido utilizada preferentemente por los moralistas, para referirse a una de las virtudes fundamentales –cardinales– del orden moral. En cambio, la noción de justicia en sentido objetivo ha sido utilizada preferentemente por los juristas, sobre todo en época más reciente, porque permite diferenciar, atendiendo a criterios objetivos y externos, el orden moral y el orden jurídico. Igualmente, como antes recordamos, la noción objetiva de la justicia se ha utilizado para hacer referencia al orden social justo como fin del derecho.

En todo caso, también habría que recordar de nuevo que, según la doctrina clásica de la ley natural y del derecho natural, no existe propiamente una separación entre *orden moral* y *orden jurídico*, sino más bien una distinción que no supone separación. Por eso, esos dos sentidos de la justicia se han usado también comúnmente, tanto en el ámbito del derecho, como en el ámbito de

⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libro V, c. 2.

la moral. Ya vimos cómo un jurista como Ulpiano se refiere a la justicia como virtud en la famosa definición citada más arriba⁷.

3. EL DERECHO

3.1. *El derecho como lo justo y como objeto de justicia*

1) Como decíamos al principio, las nociones de justicia y de derecho están muy relacionadas en la teoría clásica. El derecho es precisamente lo que es «justo» (*ius quia iustum*, decía Tomás de Aquino, citando a Isidoro de Sevilla)⁸. Pero también el término derecho se utiliza con muy diferentes significados. Por eso, conviene aclarar cuáles son los principales. A semejanza de lo que ocurre en el caso de la justicia, también el derecho se utiliza en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo.

Vamos a referirnos, en primer lugar, al *derecho objetivo*. Para la doctrina jurídica actual, por “derecho objetivo” se suele entender el “derecho legal”, el conjunto de las normas jurídicas de un ordenamiento. Este planteamiento está muy difundido y puede tener un fundamento en la teoría clásica de la justicia, según la cual el objeto de la llamada justicia general o legal sería el derecho le-

⁷ Estos dos sentidos –objetivo y subjetivo– de la justicia a los que nos estamos refiriendo estuvieron ya presentes en el pensamiento clásico desde el principio. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Platón y de Aristóteles.

Platón destacó especialmente el sentido objetivo de la justicia, describiéndola como aquel orden general de la sociedad que tiene lugar cuando cada persona ocupa el lugar que le compete dentro de ella, de acuerdo con la condición y a las funciones que le corresponden. Pero también se ocupó de la justicia en sentido subjetivo, considerándola como una cualidad moral de la persona, cuando las diversas partes de la persona individual están ordenadas entre sí, de manera que las partes inferiores obedecen a la parte superior. Este orden dentro de la persona y de cada una de sus partes es lo que él llama justicia, la cual presupone y es resultado de la existencia de las otras tres virtudes cardinales: la prudencia, la fortaleza y la templanza. *Vid.* PLATÓN, *La República*, Libro IV.

Aristóteles, en cambio, consideró especialmente a la justicia en sentido subjetivo, como hábito o virtud personal. La entiende como aquella virtud de la persona cuyo objeto es lo justo. De aquí las dos especies de la justicia: la justicia particular, cuando su objeto es lo justo particular (el derecho); la justicia general, cuando su objeto es lo justo general como parte del bien común de la sociedad. *Vid.* ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V.

Esta consideración del derecho, como lo justo particular, es la que estaría también especialmente presente en los juristas romanos, para quienes el derecho es ante todo lo justo en los casos concretos, aquello que declara el juez en un proceso, normalmente como consecuencia del ejercicio de una acción judicial. Por eso, en esa concepción romanista del derecho, por derecho se entiende sobre todo el derecho privado. *Vid.* Á. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona ¹⁰2004, 121-123.

⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, *sed contra*.

gal, el derecho como objeto de la ley o de las leyes. Pero este planteamiento tiene el peligro de identificar el derecho con las normas y, dado el auge del positivismo jurídico en la actualidad, tiene también el peligro de identificar las normas con las leyes positivas. Por eso, se podría decir que actualmente se identifica con el planteamiento *normativista* del derecho.

Por eso también, nosotros preferimos atenernos al planteamiento clásico *realista* según el cual el derecho es entendido primariamente como “lo justo”, la “cosa justa” que es objeto de la justicia (*res iusta*)⁹. Este planteamiento *realista* del derecho, que es característico del llamado “realismo jurídico”, considera que el derecho es ante todo el objeto de la justicia particular, la cual es a su vez la especie principal de la justicia.

En esta línea, teniendo en cuenta su mutua relación con la justicia, el derecho se podría definir como aquella cosa o bien que es considerado justo, en cuanto que está ordenado a otro, y en cuanto que este otro puede exigirlo, por serle debido según el orden que es propio de la justicia. Si hemos dicho que la noción de justicia hace referencia a un orden de igualdad, el derecho habría que referirlo precisamente a esas cosas o bienes de las personas que son el objeto de un orden social justo. Se trataría de aquellas cosas o bienes particulares que pertenecen a una persona o sujeto, en cuanto que están ordenados a otra persona o sujeto, según esa razón de igualdad que es la regla de la justicia.

El derecho objetivo sería, por tanto, aquella cosa, o aquel bien o conjunto de bienes que corresponden a cada persona –como sujeto de derecho– y que las demás personas –como sujetos de deberes u obligaciones– están obligadas a reconocer y respetar, dando a cada uno lo que es suyo. Como antes decíamos, el derecho es sencillamente “lo justo”, el “bien justo” (*bonum iustum*) que pertenece a cada persona, que le es debido y está ordenado según la justicia.

2) Si lo ponemos en relación con la justicia considerada como *virtud*, el derecho sería también el *justo medio* en el que ha de consistir el acto de la justicia, en cuanto orden particular de las relaciones entre las personas, y a la que antes hemos llamado *justicia particular*. El derecho sería lo “justo particular” que es objeto de la justicia y que se corresponde con ese “justo medio real” (*medium rei*) en que la justicia como virtud consiste. A este concepto del derecho *en sentido objetivo* es al que los clásicos llamaban principalmente *res iusta*.

⁹ Este concepto del derecho en sentido objetivo es el que está presente, tanto en la filosofía jurídica de Aristóteles, como en la jurisprudencia romana. Véase lo que decimos en la nota 7.

Este carácter objetivo y real es precisamente lo que diferencia al derecho, como justo medio de la justicia, del justo medio de las otras virtudes cardinales, como son la fortaleza y la templanza. En el caso de estas dos virtudes, se dice que su justo medio no es un “justo medio de la cosa” (*medium rei*) sino un “justo medio de la razón” (*medium rationis*), en el sentido de que es un medio relativo a la naturaleza individual de cada sujeto, y por eso ha de ser determinado por la razón atendiendo a las circunstancias que son propias de cada persona. Mientras que en el caso de la justicia, ese justo medio es objetivo, y depende de la naturaleza de la cosa en sí misma considerada.

Por otra parte, esa cosa o derecho, esa *res iusta*, puede ser considerada objetivamente en sí misma porque tiene un *carácter externo e intersubjetivo*, que es independiente de la subjetividad individual de cada persona. Estas dos notas de la exterioridad e intersubjetividad se consideran como características del derecho. Junto a ellas habría que citar también la igualdad, de la que ya hemos tratado al hablar de la justicia. Pero el derecho se suele caracterizar también por otras notas, entre las cuales estarían la debitoriedad u obligatoriedad –por su carácter de “debido” y de obligatorio–; o su exigibilidad y coercibilidad, a las que podría estar unida una posible coactividad, aunque no conviene confundir esta última con las dos anteriores.

De este modo, el derecho se ha ido caracterizando como tal y se ha podido distinguir de la justicia considerada como virtud, en cuanto objeto de la virtud de la justicia. Así, el análisis de estas características del derecho en su relación con la virtud de la justicia lo que ha permitido establecer también las diferencias entre *el orden jurídico y el orden moral*, como dos órdenes de conducta que son distintos, aunque no deben ser separados. La moral se caracteriza por referirse a la interioridad de las acciones, mientras que el derecho se refiere a la exterioridad. Pero sobre todo hay una diferencia fundamental que los distingue: la consideración de la justicia como virtud moral requiere tener en cuenta *la intención y los motivos* del agente en su obrar (*qualiter ab agente fit*), mientras que la satisfacción del derecho en cuanto tal sólo exige que se dé la cosa debida a su legítimo titular, con independencia de los motivos en que pudiera basarse la realización de la justicia.

3.2. *La división del derecho*

A esta consideración del derecho en sentido objetivo, corresponde también la división clásica en *derecho natural y derecho positivo*. Esta división es pa-

ralela a la división de la justicia ya antes mencionada, según la cual hay una justicia natural y una justicia positiva o legal. Hace referencia al tipo de regla que se utilice para medir la igualdad en que la justicia y el derecho consisten.

Si la regla de igualdad que se utiliza es la naturaleza humana y la naturaleza de la cosas, es decir, la igualdad natural que corresponde a la justicia natural, entonces lo justo natural se llama *derecho natural*. Lo justo natural es, como ya decía Aristóteles y después los juristas romanos, aquello que es igual siempre y en todas partes¹⁰. Es decir, aquello que se basa sobre todo en la naturaleza del hombre, que en cuanto tal es universal e inmutable.

En cambio, si la regla de medida que se utiliza es la que se basa en un convenio o en una ley positiva, entonces de ahí se seguirá lo «justo legal» o lo que se llama *derecho positivo*. De aquí se sigue también la división del derecho positivo en *derecho privado* (si se basa en un convenio o acuerdo entre particulares) o en *derecho público* (cuando se basa en lo que algunos llamaron el “contrato social” o en lo que, en el constitucionalismo actual, sería sobre todo el pacto político que da lugar a la Constitución de un Estado en el ámbito de una comunidad política).

En todo caso, esta división del derecho presupone que el derecho positivo se mueve dentro de los márgenes que permite el derecho natural, el cual actúa siempre como criterio inspirador y como límite del derecho positivo. Para la doctrina clásica del derecho natural, el derecho positivo se refiere a aquellas materias que en sí mismas son *indiferentes* desde el punto de vista de la naturaleza humana, es decir, que no vienen exigidas por el derecho que deriva de los fines esenciales del hombre¹¹. Más adelante, cuando hablemos de la ley natural, desarrollaremos un poco más esta cuestión.

¹⁰ Según Aristóteles «en el derecho político (de la ciudad), una parte es derecho natural, y la otra es derecho legal. Es derecho natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es derecho legal lo que en principio puede ser indiferente, de un modo o del modo contrario, pero que deja de ser indiferente cuando la ley lo ha determinado». ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (libro V, c. 7).

Varios siglos más tarde, el jurista romano Paulo se expresa en términos semejantes para distinguir el derecho natural del derecho civil: «La palabra derecho se utiliza en diversos sentidos: uno es cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural; el otro, cuando se llama así a lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil». *Digesto*, 1, 1, 11.

¹¹ Véase la nota anterior.

3.3. *El derecho subjetivo*

Hasta ahora hemos hablado de derecho en sentido objetivo, pero inseparablemente unido a él –como dos caras de la misma moneda– está el *derecho en sentido subjetivo*, es decir, el derecho como *facultad o poder* sobre ese bien o conjunto de bienes que hemos considerado derecho objetivo, el cual compete a la persona en cuanto que es sujeto titular del derecho. A este «derecho subjetivo» va unido, a su vez, un *deber u obligación* correlativo de reconocer y de respetar esa facultad o poder por parte de la persona que es sujeto del deber jurídico.

La consideración del derecho en sentido subjetivo estaba ya presente en el derecho romano clásico, como no podía ser de otra manera –dada la mutua implicación de los dos sentidos, objetivo y subjetivo–, pero se ha desarrollado sobre todo a partir de la Edad Moderna hasta la actualidad. Sin embargo, este planteamiento más moderno ha estado ligado al voluntarismo que comienza a desarrollarse en la Baja Edad Media –representado especialmente por Guillermo de Ockam– y a un concepto de libertad como pura indeterminación.

Poco a poco el concepto de derecho se fue identificando con el de *libertad –ius seu libertas*, dirá Hobbes¹², de manera que el mismo derecho natural llega a identificarse con la libertad. Para Kant, el derecho será el conjunto de condiciones que hacen posible que la libertad de cada uno sea compatible con la libertad de todos, según una ley general de libertad¹³. Así, el derecho natural es concebido sobre todo como libertad, y los derechos naturales serán principalmente derechos de libertad, derechos que hacen posible el ejercicio de la libertad y de la autonomía de la persona.

En todo este proceso de la Edad Moderna, que va a conducir a una cierta preeminencia del derecho entendido en sentido subjetivo sobre el derecho en sentido objetivo, se pueden descubrir cosas positivas y otras negativas. Entre las positivas, la importancia que se concede a la libertad de la persona y a su protección por el derecho. Entre las negativas, un liberalismo jurídico individualista que sólo se preocupa de reivindicar derechos sin sentir la necesidad de cumplir los deberes y obligaciones que son correlativos a esos derechos.

¹² T. HOBBS, *De cive*, c. 1, nn. 7-10.

¹³ I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, Introducción a la teoría del derecho, & B. Puede verse la traducción castellana de González Vicén a esa parte de la obra en: I. KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid 1954.

3.4. Significado analógico del término derecho

Como estamos viendo, el término derecho tiene diferentes significados. Se trata por tanto de un término que se predica de un modo análogo, es decir, sus diversos significados están basados en la *analogía* que guardan entre sí los distintos aspectos de la realidad a la que se refiere este término. Este uso analógico del término derecho es fruto también de la riqueza que posee la realidad jurídica, que no se puede captar fácilmente en la multiplicidad de sus aspectos. En todo caso, esos diferentes aspectos del orden jurídico que son mentados mediante el término derecho se refieren a realidades que tienen algo que es común y algo que es diferente.

Según esto, quisiera aludir todavía a otros dos significados del término derecho:

1) Por una parte, el significado del derecho entendido en *sentido legal o normativo*, como equivalente a la ley o al conjunto de las leyes. Como ya dijimos anteriormente, este significado tiene antecedentes en la teoría clásica de la justicia y del derecho, si se piensa que el “derecho legal” puede ser considerado como el objeto de la llamada *justicia legal*. Tiene también antecedentes en el derecho romano clásico. Así, por ejemplo, cuando los juristas romanos distinguen entre el *ius naturale*, el *ius gentium*, y el *ius civile*, parecen referirse también al derecho entendido como ley o como ordenamiento legal¹⁴.

Sin embargo, para la jurisprudencia romana este significado no era el primario, sino que el derecho era ante todo lo que declaraban los jueces cuando ejercían su función judicial¹⁵. Es decir, para el derecho romano el derecho era lo justo en los casos concretos, que es lo que nosotros estamos considerando sobre todo como el derecho objetivo: el derecho como objeto de la justicia

¹⁴ Así, por ejemplo, en la división tripartita del derecho hecha por Ulpiano, que distingue entre *ius naturale*, *ius civile* y *ius gentium*. Según ULPIANO, «*ius naturae est quod natura omnia animalia docuit... ius gentium est quo gentes humanae utuntur*» (Digesto, 1, 1, 1). «*Ius civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile, effcimus*» (Digesto, 1, 1, 16). Como se puede comprobar, en algunos de estos casos el término derecho (*ius*) se puede entender como referido también al derecho objetivo legal.

¹⁵ Como afirma Álvaro D'ORS, «en su concepción originaria, *ius* se dice propiamente del acto de fuerza que realiza formalmente una persona, y que la sociedad, mediante sus jueces, reconoce como ajustado a las conveniencias (*ius est*). La función del juez es la de declarar el *ius* de tales actos concretos (*iudicare, iudicium*). El derecho consiste en juicios, pero éstos se fundan en los criterios de justicia formulados por los *prudentes*». Á. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona 2004, 47-48 ss.

particular. A pesar de una posible analogía, los romanos sabían distinguir muy bien entre *ius* y *lex*.

En cambio, el derecho objetivo es entendido actualmente en un sentido normativista como consecuencia del positivismo jurídico. Para la doctrina jurídica positivista, el derecho queda reducido prácticamente a la norma legal positiva. Por eso, siguiendo el planteamiento romanista clásico, nosotros vamos a tratar de la ley como de algo distinto del derecho, sin negar tampoco esa analogía entre ambos que está basada en sus elementos comunes. La teoría clásica del derecho supo distinguir entre el derecho y la ley, y considero que la ley es más bien la razón o la regla del derecho (*aliqualis ratio iuris*)¹⁶.

2) Por otra parte, el significado del derecho entendido como un conjunto de conocimientos, que pueden ser considerados como *una ciencia* o *un arte*. Se puede hablar así de la ciencia jurídica o del arte del derecho. Como veremos más adelante, se hace necesario distinguir entre el derecho como ciencia y el derecho como un arte de prudencia.

4. LA LEY

4.1. *La racionalidad y generalidad de la ley*

1) Como acabamos de decir, para la teoría clásica del derecho, la *ley* es considerada como la regla o medida del derecho y de la justicia, según esa razón de igualdad proporcional a la que también nos referíamos anteriormente. Una ley será justa en la medida en que se adecue a esa igualdad natural que corresponde a la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) y que la recta razón conoce. De aquí también la estrecha relación entre justicia y verdad. Para conocer la verdad es necesario que la razón se iguale con la realidad de las cosas tal como son (*adaequatio mentis et rei*). A esta igualdad entre razón y realidad —especialmente cuando se refiere a la relación entre los actos y su fin— es a la que los clásicos llamaban *recta ratio*.

Este planteamiento presupone que el *orden* puede ser considerado de una doble manera: como orden real que corresponde a la naturaleza de las cosas (*ordo rerum*); y como orden de razón, en cuanto que es conocido por la razón al conocer la realidad de las cosas tal como son (*ordo rationis*). Cuando hablamos de la justicia en sentido objetivo ya tuvimos ocasión de referirnos a esa

¹⁶ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

primera acepción del orden, como el *ordo rerum* del Universo, en el que está integrado, aun siendo específicamente diferente, el orden de la justicia que es necesario en toda comunidad o sociedad.

Ahora queremos referirnos a otra acepción del orden, al orden de la sociedad en cuanto conocido racionalmente y considerado como un *ordo rationis*. Precisamente a este orden, en cuanto que es racional y en cuanto regulado por la razón, es a lo que la teoría clásica llamaba ley. Consideraba que la ley es una regla o medida de los actos humanos cuyo principio es la razón. Como acto de la razón –*opus rationis*–, la ley es un juicio imperativo que manda, prohíbe o permite hacer algo.

Este concepto de ley se corresponde también con la definición del orden que ya vimos y que vale también para el orden jurídico, como la recta razón de las cosas a su fin –*recta ratio rerum ad finem*–. Siendo la ley una regla o medida de los actos humanos, habrá de ser algo de la razón, pues sólo la razón puede conocer la adecuación entre los medios y los fines y puede ordenar también su ejecución mediante un acto o juicio de imperio. Efectivamente, lo propio de la razón es ordenar, eligiendo los medios en orden al fin. Por eso, la *racionalidad* es considerada como una característica esencial de la ley.

Esto vale para todo tipo de leyes, también para las leyes positivas humanas, que han de establecer un orden dentro de una comunidad: sólo podrán ser verdaderas leyes (leyes justas) cuando posean esa característica de la *recta ratio*. Por eso, los clásicos consideraban que la diversidad de leyes se basaba en la diversidad de órdenes que pueden existir, así como en los diversos modos en que un orden determinado puede estar presente en la razón. Así es como distinguían entre la ley eterna, la ley natural y la ley positiva. De ahí que la noción de ley tenga también un *significado analógico*, como después veremos al hablar de esas diferentes clases de leyes.

Pero como la ley generaba también la obligación de cumplirla, la consideraban así mismo como un *acto de imperio*. ¿Es el acto de imperio un acto de la razón o de la voluntad? Sobre esta cuestión se discutió ampliamente entre los que podríamos llamar voluntaristas y racionalistas. Una posición más equilibrada es la que sostiene que se trata de un juicio imperativo, que en sí mismo reside en la razón y que es esencialmente un acto de la razón (por eso considera la ley como *ordinatio rationis*), pero sostiene también que el acto de imperio presupone a la vez un acto de voluntad, que es la que quiere propiamente el fin y los medios, y, por tanto, quiere que ese orden de la razón se realice y se lleve a efecto.

Por eso, de este acto de imperio surge la *obligación* de cumplir la ley, pero la obligación es ya más bien un *efecto de la ley*, que vincula al sujeto o sujetos destinatarios de la misma. Precisamente esta obligación de cumplir las leyes, en cuanto que vincula la voluntad de sus destinatarios como súbditos de una comunidad, es lo que se considera objeto de la llamada *justicia legal*. Si la ley es una regla de la razón, la justicia como virtud es una cualidad de la voluntad, cuyo objeto, en el caso de la justicia legal, es precisamente el cumplimiento de las leyes.

Por otra parte, en coherencia con todo lo que estamos diciendo, la ley no sólo no puede ser un mero acto de voluntad sino que tampoco puede ser una razón que crea arbitrariamente el derecho. Cuando la ley se reduce esencialmente a un acto de voluntad, aunque se tratara de la autoridad legítima, se están poniendo las bases del positivismo jurídico, del que después hablaremos, pues efectivamente, la voluntad es una potencia ciega. A su vez, si la razón actúa arbitrariamente se está produciendo un abuso que identifica la razón con la fuerza.

Por el contrario, la razón en la que se basan la ley, la justicia y el derecho ha de ser una razón que se adecue a la verdad de las cosas, y sepa descubrir y reconocer ante todo el orden natural.

Éste es el planteamiento en el que se basa el *realismo jurídico*, el cual está fundado en que la *verdad* no es propiamente una creación de la inteligencia, sino una propiedad que se encuentra en las cosas y que la inteligencia puede conocer. En consecuencia, la verdad sobre la justicia y el derecho sólo pueden basarse en esa naturaleza de las cosas, que, en el caso del orden jurídico, es ante todo la *naturaleza del hombre*, la realidad de la persona humana y de la sociedad¹⁷.

Por otra parte, si la verdad sobre la justicia y el derecho está relacionada con la verdad sobre el hombre, la fundamentación del derecho requiere un profundo conocimiento de la persona humana. Una teoría realista del derecho

¹⁷ San Isidoro de Sevilla afirmaba que la palabra ley deriva de leer, puesto que la ley suele estar escrita: *lex a legendo, quia scripta est*. SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etymologías* (II, c. 10), Madrid 1951. Aunque esta afirmación no sea correcta desde un punto de vista etimológico, es cierto que la ley positiva, que es a la que se refería, suele tener una forma escrita, en la que se fija su contenido y se facilita así su cumplimiento.

Pero, en un sentido más profundo, este concepto de ley vale también para la ley natural. ¿Dónde está escrita la ley natural? Para la teoría clásica de la ley, la ley natural está escrita en la naturaleza humana, y ahí puede ser leída por la razón a través de un análisis de las inclinaciones naturales del hombre.

presupone también una verdadera *antropología jurídica*. Por eso la ciencia jurídica no puede conformarse con ser un conocimiento meramente empírico del hombre y reducir su objeto al de una ciencia experimental positiva. Ha de abrirse también a una investigación incluso metafísica sobre el fundamento del derecho, como después diremos.

2) Por otra parte, junto a la racionalidad, otra característica de la ley positiva será su carácter general (*generalidad*), pues, en principio, las leyes son dadas para una colectividad de personas, cuyo fin no puede ser otro que el bien común de esa comunidad, de manera que es también propio de la ley esa ordenación general al bien común (*ordinatio rationis in bonum commune*). La ley contempla la conducta de cada persona en su relación con el bien común general y ha de basarse en la igualdad que es propia de la justicia. Por eso, entre otras cosas, no debe hacer acepción de personas, ni puede hacer ninguna discriminación entre las personas si no estuviera racionalmente justificada (igualdad de todos ante la ley).

Así pues, la ley como *recta ratio* se refiere propiamente al bien común. Cuando esta *recta ratio* que sabe dirigir al bien común de la sociedad es poseída por una persona como una disposición permanente podemos hablar también del hábito o virtud de la *prudencia*. Lo que los clásicos llamaban “prudencia legislativa” era precisamente esa *recta ratio* que tiene por objeto *la ley* como ordenación al *bien común general de la sociedad*. Esta prudencia legislativa era considerada como la virtud propia de todo gobernante, es decir, aquella persona a quien la comunidad ha encargado el oficio de ordenar al bien común mediante las leyes.

Pero también puede ocurrir que la *recta ratio* no se refiera al bien común general, sino que se refiera al *bien particular* de las personas, en aquellas relaciones jurídicas cuyos sujetos son personas singulares. En este caso, la *recta ratio* se refiere a lo que hemos llamado el *justo medio de la justicia particular*; a ese justo medio real o según la realidad en que el derecho propiamente consiste (*medium rei*), y que se corresponde con la naturaleza de la cosa en un caso concreto (*natura rei*). Este conocimiento que discierne lo justo correspondiente a cada persona en una relación jurídica concreta es la recta razón del derecho (*recta ratio iuris*), y cuando se posee como un hábito o virtud lo llamamos “prudencia jurídica” (*iuris prudentia*).

En resumen, la racionalidad que es característica de la ley requiere la *recta ratio* y la *recta ratio* considerada como hábito o virtud es lo que llamamos

prudencia. Por eso, la ley es el objeto de la prudencia legislativa y ha de ser una obra de prudencia. A su vez, el derecho es el objeto de la prudencia jurídica. En el apartado siguiente (n. 5) nos ocuparemos sobre todo de la prudencia jurídica o *iuris-prudentia*. En este apartado nos queda por tratar todavía de las diferentes clases de leyes.

4.2. *La ley eterna*

Enlazando con lo que afirmábamos más arriba cuando hablábamos del orden natural, queremos plantear ahora otra cuestión: el *orden natural del universo* no puede fundamentarse en sí mismo, ni ser la causa y razón última de sí mismo. Esto vale en primer lugar para el orden físico, sometido al principio de causalidad y a la necesidad en la que se basan las leyes físicas, pero vale también para el orden moral y el orden jurídico, en los que rige el principio de finalidad y que están basados en la libertad del hombre.

Por otra parte, el orden de los seres del universo no puede ser el fruto de una casual ordenación basada en el azar, lo cual nos conduciría a la irracionalidad y al absurdo, sino que exige una razón ordenadora, como causa primera de todo lo que existe. Así es como llegamos a *Dios*, como causa primera de toda realidad, y al *Logos divino*, como la razón y el fundamento último de todo el orden universal, y, por tanto, también a Dios como Supremo Legislador y Juez. La experiencia demuestra que, cuando se rechaza la existencia de Dios, se corre el peligro de convertir la “Naturaleza” en una especie de divinidad irracional. Las consecuencias morales y jurídicas de esta segunda alternativa pueden ser demoledoras, como lo demostró el ateísmo institucional de los sistemas políticos que causaron la última guerra mundial.

Pues bien, a ese orden del universo, en cuanto que se encuentra en la razón divina, como causa primera y fin último de toda la realidad existente, es a lo que la doctrina clásica de la ley natural llama *ley eterna*. Teniendo en cuenta que Dios es un ser absolutamente simple, y que en Él la razón y la voluntad son una sola cosa, Agustín de Hipona definirá la ley eterna como la razón o voluntad de Dios, que manda observar el orden natural y que prohíbe perturbarlo (*ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*)¹⁸.

¹⁸ AGUSTÍN DE HIPONA, *Contra Faustum*, XXII, 27 (PL, XLII, 418).

Sin perder la continuidad con la doctrina agustiniana, Tomás de Aquino, por su parte, subrayó más el significado de la ley eterna como obra de razón y de sabiduría. Así, la define como la razón de la divina sabiduría, en cuanto que es directiva de todos los actos y movimientos (*ratio divinae sapientiae, in quantum est directiva omnium actuum et motionum*)¹⁹.

Por tanto, para la doctrina clásica, reelaborada por la filosofía cristiana, el orden del cosmos no sólo es un orden racional, que está impregnado por una razón y voluntad que le es inmanente como ley, sino que hay otra razón y voluntad que lo precede y lo trasciende, y que es la causa primera y el fundamento en que se basa. A través de la ley eterna, Dios es el supremo legislador del universo y de todas las leyes que lo rigen. Por la misma razón, Dios es también la *causa primera* y el *fin último del derecho*, su fundamento de carácter absoluto.

En este sentido, Hans Kelsen tenía razón: Dios es el fundamento radical de la ley natural y del derecho natural. Pero, más allá de lo que decía Kelsen, habría que decir que hay efectivamente una ley divina que ordena el cosmos. A la vez, en contra de lo que decía Kelsen, habría que decir también que esa ley divina puede ser conocida por el hombre. Como veremos enseguida, esa ley no sólo está presente en el orden del universo como una razón y una voluntad que lo impregnan, sino que puede ser leída incluso en el interior del corazón humano, como un orden de inclinaciones que la manifiestan, y en donde puede ser reconocida por todos. Sólo si se redujese el ámbito del conocimiento a lo científico-experimental en relación con los fenómenos externos, se estaría poniendo un límite a ese reconocimiento; lo cual sería como una autolimitación voluntaria que impediría conocer la totalidad de la experiencia humana.

4.3. *La ley natural*

Para la doctrina clásica sobre la ley que estamos tratando de resumir, la ley eterna y la ley natural están estrechamente relacionadas. Por una parte, la ley natural deriva de la ley eterna, en la medida en que el orden natural de los seres participa antológicamente en el orden eterno que existe en Dios. Por otra parte, la misma ley eterna puede ser conocida racionalmente a partir de ese orden natural que existe en el universo.

¹⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 93, a. 1.

Este planteamiento está basado en la doctrina de la *participación*, según la cual el hombre y la naturaleza participan también del *Logos* divino. La doctrina de la participación es también el fundamento de la *analogía* que se da entre Dios y todos los seres del Universo. Por eso, no se puede establecer una contraposición entre naturaleza, persona humana y Dios, como si fuesen tres tipos de sustancias incompatibles entre sí. Es necesario un planteamiento que, basándose en la analogía, restablezca una armonía y una reconciliación entre estas tres diversas categorías de seres. Esto significaría que la libertad del hombre no es incompatible con el poder infinito de Dios, pero tampoco lo es con la naturaleza física y corpórea pues la naturaleza humana es también una naturaleza espiritual que presupone siempre la libertad.

Por tanto, el orden del Universo está impregnado de una racionalidad, que es anterior a él y que lo trasciende, pero que también le es inmanente. Es en este sentido como la ley natural participa ya ontológicamente de la ley eterna. A su vez, este orden está impreso también en la *naturaleza humana*, pues también ella es una parte –eminente– del Universo y participa de esa razón ordenadora que es la ley eterna. Finalmente, este mismo orden puede ser participado también por la *razón del hombre*, mediante el conocimiento de esas leyes que están presentes en el orden del universo²⁰.

Así pues, la razón humana no sólo puede conocer y descubrir el orden universal cuando conoce las leyes físicas, sino que puede conocer y descubrir también el orden que está impreso en la propia naturaleza del hombre. Este conocimiento de la naturaleza humana participado por la inteligencia del hombre es a lo que se llama *ley natural*, que Tomás de Aquino –siguiendo a san Agustín– define como una participación de la ley eterna en la criatura racional (*participatio legis aeternae in rationali creatura*)²¹.

Por tanto, si hay un orden que está impreso en la naturaleza humana, el conocimiento de la ley natural requiere un conocimiento de nuestra naturaleza, que permita descubrir las leyes por las que ha de regirse, conocimiento que corresponde a la inteligencia y a la razón. *Naturaleza humana* y *razón* son, pues, el fundamento de la ley natural en su dimensión moral y jurídica.

²⁰ De ello da testimonio Cicerón, recogiendo la tradición clásica anterior a él: «Existe ciertamente una verdadera ley, la recta razón, conforme a la naturaleza, extendida a todos, inmutable, eterna, que llama a cumplir con la propia obligación, y aparta del mal que prohíbe». CICERÓN, *De republica*, 3, 22, 33.

²¹ *Ibid.*, I-II, q. 92, a. 2.

En esta línea, la doctrina clásica de la ley natural se dio cuenta de que para conocer bien la naturaleza humana había que partir de la experiencia, pero no cabía conformarse sólo con un análisis meramente empírico del hombre, sino que había que conocer también los fines esenciales de los que deriva su obrar. Por eso, trató de investigar cuáles son las principales tendencias o inclinaciones naturales del hombre (*inclinationes naturae*).

Así pues, a partir de una lectura atenta de la naturaleza humana, así como de los bienes y fines a los que está inclinada, la inteligencia puede llegar a descubrir, y después a enunciar, cuales son los *primeros principios de la ley natural*. El primero de todos está basado en la inclinación fundamental de todo ser humano al bien y a la felicidad, así como al rechazo de todo aquello que le sea contrario. De aquí el enunciado de los dos primeros principios de la ley natural: hay que hacer el bien y evitar el mal. Los siguientes principios están basados en un análisis de las principales inclinaciones del hombre, a partir de las cuales podemos llegar a descubrir cuáles son los *bienes humanos fundamentales*, y de este modo poder desarrollar el contenido esencial de la ley natural.

Esas *inclinationes naturales* se podrían resumir en las siguientes:

En primer lugar, la inclinación del ser humano a la conservación de la propia vida –la cual comparte con todos los seres vivos–, y, a la vez, a un desarrollo integral de esa vida que le lleve a alcanzar la máxima perfección posible de su personalidad.

Después, la inclinación natural mutua entre varón y mujer en orden a la formación de una comunidad de vida entre los cónyuges, que permita la procreación y educación de los hijos (inclinación al matrimonio y a la familia).

A continuación, la inclinación del hombre, como ser racional, a conocer la verdad, y a evitar la ignorancia y el error; esta inclinación lleva consigo, a su vez, la libre búsqueda de la verdad también a cerca de Dios y de la felicidad, y, por tanto, acerca de la verdadera religión y del recto orden moral.

Finalmente, la inclinación natural a la vida en comunidad y en sociedad, en orden al bien común de todas las personas que participan de ella, de manera que esa cooperación entre todos los miembros de la sociedad haga posible obtener los bienes necesarios que el hombre no podría alcanzar en solitario.

De este modo, la razón humana descubre que todo aquello que favorezca los bienes a los que tienden estas inclinaciones es bueno para el hombre, y ha de ser perseguido como tal; y, a la vez, que todo aquello que sea contrario a estas inclinaciones no puede ser bueno, y ha de ser evitado como un mal.

Por otra parte, todas estas inclinaciones no son autónomas y no están separadas unas de otras, sino que están dotadas de una cierta unidad y jerarquía, han de guardar un orden entre sí, que vendrá determinado por la razón. Por tanto, es un orden de inclinaciones que habrán de integrarse entre sí de un modo unitario y, por eso, todas ellas habrán de ser conformes con la inclinación racional, que es la más específicamente humana.

Aquí estarían las bases de lo que se llama la *doctrina clásica de la ley natural*.

4.4. *Ley natural y derecho natural*

Por otra parte, la ley natural es, en primer lugar, una ley moral, en la que se basa el orden moral. Pero tiene también una *dimensión jurídica*, puesto que ese orden de las inclinaciones humanas se puede referir también a la justicia y al derecho. Esta dimensión jurídica está muy relacionada con la citada *inclinación del hombre a la sociedad*, pues el orden jurídico requiere la vida en sociedad y las relaciones jurídicas presuponen relaciones sociales.

Pero además, como acabamos de decir, todas las inclinaciones en las que se basa la ley natural están relacionadas entre sí, y están mutuamente implicadas unas con otras en la unidad de la persona humana. De aquí podemos extraer enseguida dos consecuencias:

En primer lugar –como también hemos dicho–, que todas esas inclinaciones naturales han de ser *secundum rationem*, puesto que el hombre tiene una naturaleza racional. Así, la razón descubre que la inclinación a la vida en sociedad sólo puede ser verdaderamente razonable y humana cuando está ordenada en conformidad con lo que corresponde a cada uno según su dignidad de persona. De aquí surgen los que, desde la antigüedad clásica, podemos considerar como los dos primeros principios de la justicia y del derecho: *hay que dar a cada uno lo suyo y no hay que hacer daño a los demás*²².

En segundo lugar, que todos esos *bienes humanos* que son el objeto de las inclinaciones naturales del hombre y que son la base de la ley natural, son también bienes que son *debidos a cada persona según el orden de la justicia*, es decir, son también bienes jurídicos o derechos que corresponden a cada persona. De

²² Ulpiano hablaba de tres *iuris precepta*: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (*Digesto*, 1, 1, 10, 1). El primero de ellos es menos jurídico y tiene sobre todo un carácter moral. Es como el fundamento de los otros dos. Aquí se manifiesta también la conexión entre orden jurídico y orden moral en la jurisprudencia clásica.

este modo, son también *deberes y derechos naturales* de la persona que le son debidos y que son objeto de la justicia.

En consecuencia, de aquí surgen los demás *principios de la justicia y del derecho* que están en relación con esos deberes y derechos naturales del hombre, como serían los siguientes: el derecho a la vida y el deber de respetarla en todas las fases de su desarrollo, desde su concepción hasta la muerte; los derechos y deberes mutuos entre los cónyuges en orden a los bienes del matrimonio y de la familia, es decir, en orden a la comunidad de vida conyugal y en orden a la procreación y educación de los hijos; el deber y el derecho de buscar la verdad, especialmente en materia religiosa y moral, y de actuar de acuerdo con la recta conciencia; los derechos y deberes relativos a la libre participación en la vida social y política, y a establecer la organización de gobierno que se considere más adecuada, etc.

En esto se basarían los primeros principios o reglas básicas del *derecho natural*.

4.5. *La ley positiva*

Finalmente, junto a la ley natural y al derecho natural, es necesario referirse también a la *ley positiva* promulgada por el legislador de una comunidad. La necesidad de las leyes positivas es consecuencia, entre otras cosas, del carácter general e indeterminado que tienen los principios de la ley natural. Se requiere que la autoridad social que ejerza el poder legislativo promulgue normas jurídicas que tengan en cuenta las circunstancias concretas de la vida en sociedad. De ahí la famosa definición de ley de Tomás de Aquino, que se ha hecho clásica, y que se refiere a toda ley, pero más en particular a la ley positiva: la ley es aquel orden de la razón dirigido al bien común promulgado por el que tiene a su cargo la comunidad (*ordinario rationis in bonum commune ab eo qui curam comunitatis habet promulgata*)²³.

En esta definición se encuentran presentes los *elementos esenciales* de la ley: su causa formal, como orden de razón; su causa final, que es el bien común; su causa eficiente, que es el legislador, aunque teniendo en cuenta que el legislador puede serlo la propia comunidad, por sí misma o a través de sus representantes. Además, la ley ha de ser debidamente promulgada, mediante los medios

²³ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4.

adecuados para ello, para que pueda ser conocida por sus destinatarios y pueda hacerse obligatoria. Se trata de los elementos esenciales de toda ley, y por eso se pueden referir también a las demás clases de leyes que hemos visto. No olvidemos que, como antes decíamos, la noción de ley tiene un significado analógico. Pero parecen contemplar más directamente a la ley positiva humana.

Por tanto, según la doctrina clásica de la ley, las leyes positivas han de tener en cuenta y han de basarse en la ley natural sobre la justicia y el derecho para que sean leyes justas. Como la ley es obra de la razón, esta congruencia y derivación de la ley positiva respecto a la ley natural puede realizarse de dos modos²⁴:

1) Por conclusión (*per modum conclusionis*): a semejanza de como en un razonamiento las conclusiones derivan de las premisas.

2) Por determinación (*per modum determinationis*): como los principios del derecho natural no determinan cuál es la norma aplicable en los casos concretos y se comportan sólo como una norma-marco, que señala los límites dentro de los cuales la ley positiva ha de moverse, el legislador es el que tiene que establecer cuál es el contenido concreto de la norma positiva aplicable. Este segundo modo de derivación es el más común, puesto que las situaciones sociales no son contempladas por los principios del derecho natural teniendo en cuenta sus circunstancias concretas.

Cuando se observa esta doble vía, las leyes positivas se basarán en la ley natural y podrán ser *leyes justas*. Desde el punto de vista moral, serán también obligatorias en conciencia, puesto que su *fundamento último* será la *ley natural*, que obliga en conciencia.

En el caso de la *comunidad política*, cada ordenamiento jurídico habrá de establecer, mediante un sistema de atribuciones y de delegaciones, que tendrán sus correspondientes procedimientos jurídicos, quiénes son los órganos legitimados para promulgar las leyes positivas. Cuando ese ordenamiento se base en una Constitución o Ley Fundamental del Estado, será esta norma básica la que determine cuáles son esos órganos de producción del derecho, así como también cuáles son los demás órganos encargados de su ejecución y aplicación en las situaciones concretas. Pero todo ordenamiento jurídico requiere este *proceso de concreción*, una concreción que debe ir desde los principios más generales y fundamentales –como son los del derecho natural– hasta los más particulares según las diversas situaciones que puedan darse en la vida social.

²⁴ *Ibid.*, I-II, q. 95, a. 2.

5. CIENCIA Y JURISPRUDENCIA

5.1. *Sindéresis y conciencia jurídica*

El derecho puede ser considerado también como *objeto de conocimiento*. El objeto del orden jurídico son los actos humanos en su vertiente social y externa, que son un tipo de realidad *–res iusta–* que forma parte de lo operable. Por tanto, el conocimiento jurídico, la verdad sobre el derecho y sobre la justicia, es un tipo de conocimiento y de verdad que habrá de ser objeto de aquella parte de la inteligencia o de la razón que se llama *inteligencia* o *razón práctica*, que es la que ordena lo conocido a la acción, su fin es obrar o lo operable.

Conviene distinguir, en primer lugar, entre la inteligencia *–intellectus–* y la razón *–ratio–*, como dos modos diversos de conocer o como dos funciones distintas de la mente humana. La *inteligencia* conoce por intuición, penetrando dentro del objeto conocido, de modo directo e inmediato, sin necesidad de razonamiento alguno. En cambio, la *razón* propiamente dicha conoce por comparación entre unos conceptos y otros, entre unos juicios y otros, mediante razonamientos y silogismos más o menos complicados.

Es interesante tener presente estos dos modos de conocer, en relación al tema que nos ocupa, pues, como veremos a continuación, hay que distinguir diversos hábitos de la mente cuando conoce las materias que son objeto del derecho y de la justicia. Así, mientras que lo que se llama hábito de la *sindéresis* corresponde propiamente a la inteligencia, los hábitos de la ciencia y de la prudencia corresponden al funcionamiento de la razón en cuanto tal.

Cuando los clásicos hablaban de la *sindéresis* se referían a ese *hábito de la inteligencia práctica* por virtud del cual ésta conoce los primeros principios de la ley natural y del derecho natural. Por tanto, en este caso, la inteligencia conocería su objeto, no por comparación de unas cosas con otras –como hace la razón–, sino por intuición: la inteligencia captaría de modo directo e inmediato esos primeros principios de la ley natural. Así ocurre cuando capta la noción de bien, que es la primera noción de la inteligencia práctica, de modo semejante a como la inteligencia especulativa capta la noción de ente. Así es como conoce el primer principio de la ley natural: hay que hacer el bien y evitar el mal (*bonum est faciendum et malum vitandum*). Sucesivamente, mediante ese análisis de la naturaleza humana al que ya nos referimos anteriormente, va captando los diversos bienes humanos que hay que hacer y los males que hay que evitar.

Este modo de conocimiento es el que los clásicos denominaban «conocimiento por inclinación» *–per inclinationem–*, pues se refiere a aquellos bienes

o fines –ya mencionados más arriba– a los que la persona humana se encuentra inclinada naturalmente: «por la inclinación natural al acto y al fin congruente con la naturaleza»²⁵. Por tanto, se basa un “apetito natural” sobre esos bienes humanos, en el que se inserta la voluntad y demás potencias apetitivas. Estas potencias con sus actos tienen una cierta inclinación a sus respectivos objetos, que, sin impedir el uso de la libertad, conduce a su vez a una cierta asimilación o connaturalización con ellos. De ahí que ese conocimiento sea llamado también *conocimiento por connaturalidad*.

Por otra parte, hay también otro modo de conocimiento, al que llamamos *conciencia*, que ya no pertenece a lo que es propio de la inteligencia sino a lo que es propio de la *razón práctica*. Aquí cabría distinguir diversos aspectos.

En primer lugar, como ya sabemos, la razón conoce comparando y relacionando unas cosas con otras, pero lo hace mediante actos y juicios singulares y concretos. Esos actos de conocimiento de la razón práctica se denominan *actos o juicios de conciencia* cuando la razón capta la relación que existe entre la regla o norma que regula la acción y el acto humano a realizar. La *conciencia jurídica* sería, pues, la que capta la relación entre los principios y las reglas de la justicia y aquellos actos cuyo objeto es el derecho.

En segundo lugar, la conciencia sólo será recta –*recta ratio*– cuando se produzca una adecuación entre el acto a realizar y la regla o norma que se corresponde con la verdad y con la naturaleza de las cosas, es decir, con los principios de la ley natural. Por tanto, cuando el objeto de esos juicios sea el derecho, y estos juicios se adecuen a la realidad y capten la verdad sobre lo que es justo en ese caso concreto (*res iusta*), tendremos una recta conciencia jurídica (*recta ratio iuris*). Es evidente que esta rectitud de la conciencia es importante desde el punto de vista moral, pero también desde el punto de vista jurídico. La justicia y el derecho sólo se pueden basar en la verdad.

5.2. La prudencia jurídica

Por otro lado, el conocimiento de la razón práctica puede ser también objeto de un hábito o disposición permanente. Cuando esa capacidad de enjuiciar los actos humanos según la verdad de lo que son, se convierte en una disposición permanente de la razón práctica, entonces es cuando se habla del hábito o *virtud de la prudencia*. La prudencia –como virtud personal– se puede

²⁵ *Ibid.*, I-II, q. 91, a. 2.

definir como una recta razón de lo operable en relación con las acciones humanas (*recta ratio agibilium*), a diferencia de lo que ocurre con el arte o con la técnica, que se refieren a lo operable en relación con las cosas externas que son objeto de manipulación o de manufacturación (*recta ratio factibilium*).

A su vez, la prudencia puede tener como objeto lo que ordena al bien individual de cada persona (prudencia individual o personal) o lo que ordena al bien común general de la sociedad (prudencia general o social). A nosotros nos interesa ahora esa *prudencia general* cuyo objeto es el bien común social, la cual podríamos dividir en prudencia política, cuando ordena al bien común de la comunidad política, y en prudencia familiar, cuando ordena al bien común del matrimonio y de la familia.

Una modalidad de la *prudencia política* es la que se llama *prudencia legislativa*, cuyo objeto es la ley o las leyes, en cuanto que ordenan al bien común general de la sociedad. El objeto de esta prudencia es hacer leyes justas. Por eso está relacionada, a su vez, con la *justicia legal*, cuyo objeto es el cumplimiento de esas leyes.

Otra modalidad de la prudencia social es la *prudencia jurídica o jurisprudencia*, es decir, aquella virtud o hábito de la razón práctica cuyo objeto es precisamente el bien justo particular, el derecho (*iuris prudentia*). Por eso, la prudencia jurídica está relacionada a su vez con la *justicia particular*, cuyo objeto es también ese bien justo particular que llamamos derecho. Como es obvio por tratarse de una virtud y por lo dicho anteriormente, la prudencia jurídica presupone una adecuación a la verdad jurídica o recta razón del derecho, ha de ser *recta ratio iuris*.

La teoría clásica de las virtudes considera que la prudencia y la justicia, junto con la fortaleza y la templanza, son virtudes cardinales, es decir, son las virtudes morales fundamentales del hombre, de las que dependen todas las demás. Dada la unidad del hombre –la unidad entre cuerpo y alma; o la unidad entre razón, voluntad y sentimientos– entre esas virtudes fundamentales hay una estrecha *unidad y coordinación*. Lo cual quiere decir que no pueden darse las unas sin las otras.

En el caso de la prudencia y de la justicia, que se pueden considerar por su objeto como las virtudes fundamentales de un jurista, esto significa que no puede darse tampoco la una sin la otra. La razón está en la unidad que debe existir *entre razón y voluntad*, que son las dos potencias del alma en las que residen respectivamente la prudencia y la justicia. Para ser prudente hace falta ser justo y viceversa. Para poder conocer la verdad sobre la justicia y el derecho es

necesario tener una recta inclinación de la voluntad a lo que es justo, hace falta querer obrar la justicia y el derecho. A su vez, para poder ser justo es necesario que la razón esté inclinada rectamente a la verdad y busque honestamente la verdad sobre la justicia y el derecho, lo cual es propio de la prudencia.

Es evidente, entonces, la importancia que en la práctica jurídica tiene esta unidad entre las virtudes. Basta pensar en el caso de los jueces, que son los que tienen como tarea la *iudicatio*, “decir el derecho” que es justo aquí y ahora mediante la sentencia. Si la persona del juez no es justa y prudente, en el sentido en el que lo estamos diciendo, es difícil que pueda dictar una sentencia justa y que pueda administrar rectamente la justicia. Pero lo mismo vale para todos los que se dedican al conocimiento y a la aplicación del derecho. No se puede ser un buen jurista sin poseer las virtudes de la justicia y de la prudencia, sin ser *justo y prudente*.

Finalmente, habría que distinguir también entre la *prudencia* y la *sindéresis*. Mientras que la prudencia es un hábito de la razón práctica, la *sindéresis* es un hábito de la inteligencia. Por otra parte, la *sindéresis* se refiere propiamente a los *finés*, que son los primeros principios del obrar, mientras que la prudencia se refiere a los *medios*. La *sindéresis*, como inteligencia de los primeros principios operativos, se refiere a esos bienes que son fines del hombre, mientras que la prudencia, como recta razón de lo que está ordenado al fin, se refiere a los medios que son necesarios para obtener esos bienes o fines.

De ahí que la prudencia sea propiamente un *hábito de la razón práctica*, pues es la razón la que compara los medios entre sí y, a su vez, los compara también con los fines, para saber cuáles son los más adecuados al fin que se pretende. En cambio, la *sindéresis* es la que le proporciona a la prudencia los primeros principios mediante los cuales ha de juzgar cuál de esos medios es el más adecuado. En el caso de la prudencia jurídica, ese *justo medio*, que ha de estar adecuado en primer lugar a los primeros principios de la justicia es precisamente lo que llamamos *derecho*.

5.3. *La ciencia jurídica*

Además, el conocimiento jurídico puede ser considerado también como objeto de una ciencia, lo que llamamos ciencia jurídica (*iuris scientia*). ¿Qué hemos de entender por ciencia?

En primer lugar, la ciencia investiga las causas de las cosas, hasta llegar a certezas que permitan extraer conclusiones que se basen en la verdad (*cognitio*

certa per causas, según la definición aristotélica). En esa tarea utiliza sobre todo la razón, en su función de comparar unas cosas con otras –por ejemplo, las causas con los efectos, los medios con los fines, etc.– por medio del razonamiento, para poder llegar finalmente a conclusiones ciertas a través del silogismo y la demostración.

En segundo lugar, el *conocimiento científico* estudia su objeto desde una perspectiva determinada. Por eso se distingue entre el objeto material y el objeto formal de una ciencia. Un mismo objeto material se puede estudiar desde diferentes perspectivas formales y estas diversas formalidades son las que diferencian propiamente a las ciencias entre sí. La ciencia se caracteriza así por sus diferentes objetos materiales o formales y también por el *método* que se deriva de esos objetos.

En este sentido, la ciencia jurídica tiene por objeto el estudio de las relaciones sociales desde el punto de vista del derecho o bajo la razón formal del derecho (*ratione iuris*). En este sentido es una *ciencia práctica*, puesto que ese objeto es una realidad operable, que persigue como fin la realización de la justicia y de lo justo. El método adecuado a ese objeto y a esas perspectivas formales es lo que llamamos *método jurídico*, cuyas características permiten distinguir la ciencia jurídica de otras ciencias prácticas, como la ciencia moral.

Por otra parte, como la ciencia es un hábito de la razón, se hace necesario diferenciar también a la ciencia jurídica de los otros hábitos de la razón práctica a los que ya nos hemos referido. ¿Qué es lo que caracteriza entonces a la ciencia jurídica? ¿En qué se diferencia y cómo se relaciona con otros hábitos de los que ya hemos hablado, como pueden ser la *sindéresis* y la *prudencia jurídica*?

La *ciencia jurídica* se puede caracterizar como aquel *hábito de la razón práctica* que, partiendo ante todo de los primeros principios del derecho –que son conocidos por la inteligencia o *sindéresis*–, procura extraer todas las conclusiones y consecuencias jurídicas que de ellos derivan para el orden jurídico. Teniendo en cuenta que los primeros principios del derecho son principios de derecho natural, y que al menos las más fundamentales conclusiones y consecuencias de esos principios pueden participar también de la fuerza de sus premisas, a la ciencia que estudia toda esa temática es a la que se ha llamado durante algunos siglos «ciencia del derecho natural» (*iuris naturalis scientia*).

Pero hay que tener en cuenta también que los principios del derecho –en cuanto que son principios de derecho natural– requieren ser desarrollados, no sólo mediante conclusiones, sino también mediante *determinaciones* que consi-

deren también las circunstancias concretas. Por tanto, la ciencia jurídica habrá de referirse también a esas conclusiones y determinaciones más particulares, que es a lo que llamamos *derecho positivo*. Por lo demás, siendo el derecho positivo la parte más extensa de un ordenamiento jurídico, su estudio habrá de ocupar un lugar destacado como objeto de la ciencia jurídica.

En resumen, en la teoría clásica se distinguía entre el hábito de los primeros principios o *sindéresis*, como hábito de la inteligencia, y el hábito de la ciencia, como hábito de la razón. A su vez, según la teoría clásica, la ciencia jurídica ha de estudiar tanto el derecho natural como el derecho positivo, considerados ambos como dos partes integrantes del orden jurídico, y, por tanto, también como objeto de un conocimiento unitario del derecho.

5.4. *Ciencia y jurisprudencia*

Además, habría que distinguir también entre la ciencia y la prudencia jurídica o jurisprudencia.

Por una parte, el conocimiento científico tiene un *carácter general*, pues pretende enunciar leyes necesarias y elevar a sistema –de un modo unitario y ordenado– el conjunto de conocimientos sobre su objeto. Por ello, tiene que ocuparse de los principios y a la vez que extraer conclusiones; se ha de referir a las causas y a los efectos, y, de este modo, tratar de enunciar leyes generales. Esto vale sobre todo para las ciencias teóricas o especulativas, que se basan en cosas sometidas a la necesidad, de las que se pueden extraer conclusiones necesarias, como es el caso de las ciencias físico-matemáticas.

Pero en el caso de las ciencias prácticas, como es el caso de la ciencia jurídica, su objeto se refiere a lo operable, a los actos humanos que son contingentes, mutables e históricos. Cuando la ciencia jurídica enuncia leyes generales ha de tener en cuenta esa mutabilidad e historicidad del hombre y de la sociedad. En este sentido, la ciencia jurídica no es propiamente un conocimiento inmediatamente práctico, sino más bien un conocimiento que podríamos calificar de *especulativo-práctico*: es práctico por su objeto, que es el operable jurídico; pero es también especulativo, en cuanto que es un conocimiento de lo general y en cuanto que su finalidad inmediata no es todavía la acción.

En cambio, como ya dijimos más arriba, la prudencia es un conocimiento inmediatamente práctico, pues se ocupa de lo operable singular. En el caso de la prudencia jurídica o *iuris-prudentia*, como *recta ratio iuris* trata de conocer cuál es el derecho exactamente aplicable *hic et nunc*, en este caso concreto,

Responde siempre a la pregunta *quid iuris?*, que es una pregunta, no sobre el derecho en general (*quid ius?*), sino sobre el derecho en esta situación que hay que resolver aquí y ahora. Por eso, su finalidad es inmediatamente práctica, está orientada a una acción inmediata.

En este último sentido, el conocimiento prudencial se asemeja más a la *casuística*, al conocimiento que se basa en la resolución de casos prácticos. Pero el conocimiento prudencial se diferencia también del conocimiento casuístico. La casuística, aunque se refiera a casos reales que han acontecido y prepare una posible solución para la resolución de otros casos semejantes, no es un tipo de conocimiento que requiera tomar una decisión que termine en la acción, no opera inmediatamente sobre la realidad. Estudia el caso como un caso-tipo, como un caso ideal, cuya resolución puede servir como modelo para resolver otros casos análogos que se puedan dar en la realidad. Es en esto en lo que se diferencia de la prudencia, que, según ya dijimos, tiene por finalidad inmediata la acción sobre la realidad concreta, la cual requiere una resolución que será exclusiva para éste, un caso que es único e irrepetible.

Por otra parte, volviendo de nuevo a las relaciones entre la ciencia jurídica y la jurisprudencia, se trata de dos modos de conocimiento que, lejos de ser incompatibles, se necesitan mutuamente y han de ser *complementarios*. La ciencia se ha de ordenar a la prudencia jurídica, tratando de ayudarla a resolver los problemas concretos que se presentan en la realidad. En este sentido, el conocimiento jurídico, considerado globalmente, es a la vez ciencia y prudencia. Por encima de todo es jurisprudencia²⁶.

²⁶ En la etapa clásica del derecho romano estuvo ya presente esta doble consideración del derecho como arte y como ciencia. Así, Ulpiano, citando a Celso, afirmaba que *ius est ars boni et aequi* (*Digesto* 1, 1, 1 pr.). Más adelante, también en el *Digesto* se habla de la *iusti atque injusti scientia* (*Digesto* 1, 1, 10, 2).

De acuerdo con este planteamiento de la jurisprudencia clásica, el derecho puede ser considerado como una ciencia que tiene por objeto lo justo y lo injusto, es decir, lo que es conforme a la justicia y lo que no lo es. Pero el derecho es considerado ante todo como un arte, que trata de poner en práctica lo que es bueno y equitativo. En todo caso, aunque en esta época ya se diferenciaban los conceptos de ciencia y de arte, sobre todo en la filosofía griega, estaban muy próximos en lo que al derecho se refiere.

Por otra parte, también es interesante hacer notar que estas referencias a la justicia y a la injusticia, al bien y a la equidad, como objeto de la ciencia y del arte del derecho, se refieren a conceptos que tienen una indudable carga moral, y que sitúan también a la ciencia y al arte del derecho en conexión con los ámbitos de la ética y de la moral. El derecho es considerado como lo justo y, a la vez, tiene la consideración de un bien, que se basa en la igualdad natural, en la equidad. En esa etapa clásica del derecho romano, el derecho y la moral ciertamente se distinguen, pero no están separados.

5.5. *La sabiduría jurídica*

Finalmente, el derecho puede ser también objeto de un conocimiento que se puede considerar superior a la ciencia –si ésta se entiende sólo como ciencia positiva–, aunque en realidad participa a la vez de la inteligencia y de la ciencia racional: *la sabiduría jurídica*. En sentido clásico, la sabiduría es aquel *hábito de la razón* que tiene por objeto las causas más altas de las cosas.

Por eso, la *sabiduría suprema* sería aquella que tiene por objeto el principio y fin supremo de todo lo que existe, la causa primera y última de todas las cosas. Como esta causa suprema es Dios –*Ipsum Esse Subsistens*–, la sabiduría se refiere ante todo a Dios, como primer principio y último fin. Éste sería el objeto primario de la sabiduría como hábito o virtud.

De un modo secundario, objeto de la sabiduría pueden ser también todos los demás seres y realidades, en cuanto que proceden de Dios o en cuanto que están ordenados a Dios, es decir, en cuanto que Dios es el primer principio y el último fin de todo lo que existe. En este sentido, la sabiduría se podría caracterizar incluso como un conocimiento que considera su objeto –todo lo que existe– desde esa razón formal de Dios²⁷.

Así se podría plantear también cuando se trata del derecho o de la justicia. Se podría hablar, por tanto, de una sabiduría jurídica, que sería aquella que tuviese por objeto al derecho desde el punto de vista de su relación con Dios, considerado como primer principio y último fin del orden jurídico e, incluso, como *Supremus Legislator et Iudex*²⁸.

En sentido más amplio, por sabiduría jurídica se podría entender también a toda la *filosofía jurídica*, en cuanto que se ocupa de los primeros principios y causas últimas del derecho. Por ser sabiduría y por ocuparse de las causas últimas podría juzgar de todos los demás conocimientos jurídicos, tanto

²⁷ Este conocimiento, *ratione Deitatis*, vale sobre todo para el conocimiento teológico, basado en la Revelación divina y en la fe, pero no se olvide que existe también una teología natural o racional, que es también parte de la Filosofía. y cuyo objeto es precisamente Dios como *Ipsum Esse Subsistens*. A este último conocimiento nos referimos ahora cuando hablamos de la sabiduría.

²⁸ Esta conexión entre Dios y el derecho, y también entre el derecho y la sabiduría, se encontraba ya presente en la jurisprudencia romana. Como afirma Álvaro d'Ors: «para Apuleyo (*de Platone* 2, 6, 228), la *sapientia* es la *disciplina divinarum humanarumque rerum*, y la *prudentia* es la *scientia intellegendorum bonorum et malorum*»; la definición completa de la *iurisprudencia* es por adición a la de la Filosofía (que recoge SAN ISIDORO, *etym.* 2, 1, –cfr. 2, 9–): *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia* (D. 1, 1, 10, 2); en el siglo VIII, Alcuino aprovecha este texto para definir la «sabiduría» (*epist.* 307: MGH. II p. 466). A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., 48.

de los que se refieren a los principios, como de los que se refieren a las conclusiones.

En este sentido, la sabiduría jurídica es un conocimiento que participaría tanto de la inteligencia como de la razón o de la ciencia, y proporcionaría a estos hábitos su última justificación. Se ocuparía de fundamentar y de justificar los primeros principios del derecho, y, además, juzgaría también de las consecuencias más importantes contenidas virtualmente en ellos (empezando por los llamados principios secundarios, que son las conclusiones más próximas).

Por otra parte, en la medida en que tales principios y conclusiones coinciden con los del derecho natural, esta sabiduría jurídica tiene también por objeto al derecho natural. Lo que se llamó “ciencia del derecho natural” (*iuris naturalis scientia*) surgió con la también así llamada “Escuela moderna del Derecho Natural” de los siglos XVII-XVIII, pero ya muchos siglos antes existía una teoría sobre el derecho natural, como hemos visto en páginas anteriores, elaborada por juristas, filósofos y teólogos desde sus propias perspectivas.

En todo caso, la sabiduría jurídica requiere un método adecuado. En primer lugar, en cuanto que trata de elevarse incluso al Ser Supremo, como causa primera y última de la que participa toda realidad, y se plantea las relaciones entre Dios y el derecho, En segundo lugar, en cuanto que requiere también un conocimiento del hombre y de la naturaleza humana, en el que se basan los primeros principios de la ley natural y del derecho natural, y sus consecuencias fundamentales²⁹.

Este método ha de tener un fundamento filosófico, pues sólo el método filosófico se plantea la pregunta sobre el ser (especialmente sobre el ser de Dios y sobre el ser del hombre) y puede trascender así los objetos de las ciencias experimentales. Si no fuera así, la ciencia jurídica no podría superar el positivismo jurídico, ese planteamiento de la cultura jurídica dominante que encierra a la ciencia jurídica dentro de los límites angostos de la experiencia jurídica meramente positiva.

En consecuencia, la sabiduría jurídica de la que hablamos se basa en la filosofía y en sus diversas partes, como pudieran ser la ontología jurídica –cuyo objeto sería el ser del derecho, el ente jurídico–, la gnoseología jurí-

²⁹ Éste es el sentido profundo que habría que dar a esa definición clásica del Digesto: «*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia*» (Digesto, 1, 1, 10, 2). El conocimiento del derecho como ciencia de lo justo y de lo injusto ha de ir unido a un conocimiento sapiencial de las cosas divinas y humanas, de Dios y del hombre. La ciencia y la sabiduría jurídica se exigen mutuamente.

dica –cuyo objeto sería el conocimiento del derecho en toda su amplitud para evitar que quede reducido a una ciencia positiva–, y la teleología jurídica –cuyo objeto serían los fines del derecho, los principios de la justicia y del orden jurídico–. Éstas serían como las partes fundamentales de una *Filosofía del derecho* que aspirase a ser una verdadera sabiduría jurídica.

Finalmente, aunque no menos importante, es necesario que haya una *apertura mutua* entre los diversos grados o niveles de conocimiento jurídico a los que nos estamos refiriendo, es decir, una apertura entre ciencia y sabiduría, entre ciencia y jurisprudencia, y así sucesivamente. Tal apertura viene exigida por la unidad de la persona humana, que es el sujeto cognoscente único de todos los tipos de conocimiento.

Ésta sería la condición para que se pudiera llegar a un *conocimiento jurídico integral*, es decir, para que se pudieran conocer todas las realidades que han de ser objeto del conocimiento jurídico, y cuya vía de acceso quedaría limitada si la ciencia jurídica no lograra superar un conocimiento que se basase sólo en métodos meramente empíricos o meramente pragmáticos. Desde la sola ciencia positiva es muy difícil, por no decir imposible, superar el legalismo y el positivismo jurídico. Por eso, una auténtica sabiduría jurídica requiere la combinación armónica de todos los demás saberes jurídicos: inteligencia, ciencia y prudencia.

6. EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO

6.1. *La persona humana, fundamento del derecho*

Retomando la cuestión que nos planteábamos más arriba, queremos recordar de nuevo que la realidad social a la que remite el derecho es ante todo la realidad de la *persona humana*, puesto que la sociedad no es más que un orden de personas, y son las personas el fundamento de la sociedad. Por una parte, la persona humana tiene una naturaleza social, en la que se basa la existencia de la sociedad. Por otra parte, la convivencia social requiere un orden que tiene una dimensión jurídica (*ubi societas ibi ius*). Por tanto, la persona es también el fundamento más radical del derecho. El derecho se ha de basar en la naturaleza de la persona, en su dignidad y en los bienes humanos que le son inherentes.

En este sentido, podemos decir que la *persona humana* no sólo es el centro, sino también el verdadero *fundamento de la justicia y del derecho*. Como de-

cían también los clásicos, el hombre es la verdadera causa del derecho (*hominum causa omne ius constitutum est*)³⁰.

Dando un paso más en la misma línea, también podríamos decir que la persona humana no sólo tiene una naturaleza social, de la que deriva una esencial juridicidad, sino que tiene también una naturaleza jurídica, que es en la que se basa lo que llamamos *derecho natural*. Los bienes humanos que son esenciales a la persona y que, en cuanto tales, son exigencias jurídicas intrínsecas de la naturaleza humana, estos bienes son los que llamamos también *derechos naturales del hombre*, con los que están conectados, al menos en parte, los que más recientemente se llaman *derechos humanos*.

Por otra parte, convendría aclarar aquí que, cuando hablamos de los «derechos naturales del hombre» estamos utilizando el concepto de derecho natural en sentido subjetivo, como empezó a ser más habitual a partir de la Edad Moderna. En cambio, cuando hablamos del derecho natural como lo *justo natural*, como el justo medio de la justicia particular, entonces como ya sabemos lo estamos utilizando en sentido objetivo, como *res iusta*.

Este concepto objetivo del derecho natural es también el más clásico en la antigüedad greco-romana y en la Edad Media cristiana. Se corresponde con el concepto de derecho entendido como objeto de la justicia, que en este caso es referido al derecho natural. Es el derecho natural como la *res iusta* o como ese justo medio real (*medium rei*, según la realidad) de la justicia particular que está basado en la ley natural.

Por tanto, cuando hablamos de lo «justo natural» que se corresponde con la naturaleza de la cosa (*natura rei*) en un caso concreto, es decir, cuando la cosa justa se basa en los principios de la justicia natural y de la ley natural, entonces lo justo se llama *derecho natural*.

A su vez, junto a lo justo natural, hay que hablar también de lo «justo positivo». Cuando el derecho no se basa solamente en la ley natural sino también en la ley positiva, entonces se puede llamar propiamente *derecho positivo*. Como podemos ver, en ambos casos se tratará del derecho como lo justo, pero de diferente manera y con diferente medida.

³⁰ La expresión es de Hermogeniano, para justificar por qué la exposición del derecho ha de empezar por las personas (*Digesto*, 1, 5, 2). Por eso, esta prioridad de la persona se refleja también en las *Instituciones* de GAYO, cuando divide el derecho en tres partes: personas (libro 1), cosas (libros 2 y 3) y acciones (libro 4). Esta división ha tenido un notable influjo tanto en el orden positivo del *ius civile*, como en el del *ius canonicum*.

6.2. *Los principios primarios y secundarios del derecho natural*

Cuando más arriba hablamos de la ley natural y de su contenido jurídico³¹, nos referimos ya a los *principios del derecho natural*, basados en aquellos bienes jurídicos correspondientes a la naturaleza humana, que son inherentes a la dignidad del hombre. Como recordamos, estos principios se basan en las inclinaciones naturales del hombre, tal como son conocidas por la razón; entre ellas se encuentra la inclinación a la sociedad y a la vida social, que es en la que se basa la exigencia de la justicia y del derecho natural: hay que dar a cada uno lo suyo y no hay que hacer daño a los demás. Los demás principios derivan de aquí, teniendo en cuenta los bienes que son propios de la dignidad humana y que son «lo suyo», el derecho debido a cada persona: la vida, la libertad, la verdad, el matrimonio y la familia, la comunidad política, etc.

Estos principios se conocen, como ya sabemos, por la simple inclinación natural, por «connaturalidad», de modo inmediato y directo, sin necesidad de razonamiento. Se conocen por medio de esa intuición que permite a la inteligencia introducirse en la verdad de las cosas. Por eso se dice que son obra de la inteligencia más que de la razón, ya que esta última conoce mediante la comparación de unas cosas con otras. Pero se trata de una inteligencia que se basa en la experiencia, como cualquier otro conocimiento, pues ese conocimiento de los principios forma un hábito natural de la inteligencia, aunque no es un conocimiento innato. Estos principios así conocidos son los que llamamos *primeros principios del derecho natural*.

Pero, además de estos primeros principios, hay otros principios que se pueden conocer ya a través de la razón propiamente dicha, ahora ya mediante el razonamiento. Se trata de los llamados *principios secundarios*, extraídos por conclusión (*per modum conclusionis*) a partir de los primeros, que son los que actúan como premisas del razonamiento. Así, del derecho a la vida, a su conservación y desarrollo, surge la necesidad de alimentos, de vestido, de vivienda, etc. Del derecho al matrimonio, como unión entre hombre y mujer en orden a la comunidad de vida entre los esposos y en orden a los hijos que de ahí provengan, surgen los derechos y deberes en relación con la fidelidad mutua y la exclusividad de esa unión, así como los derechos y deberes de los padres en orden a la procreación y educación de los hijos, etc.

³¹ Véase apartado 4, d).

Podríamos seguir diciendo también acerca de los derechos y deberes relativos a las diversas libertades: libertad religiosa y de conciencia, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de educación, libertad de reunión y de asociación, etc.

De modo semejante, así surgen también otros derechos y obligaciones que se consideran derivados de algunos anteriores como los derechos a la propiedad privada, al trabajo, a la participación en la vida de la comunidad política, etc.

Estos *principios secundarios de derecho natural* se pueden basar en razonamientos simples y sencillos, si se trata de conclusiones que están próximas a las premisas; o pueden ser necesarios razonamientos más complejos, que requieren más mediaciones y más elaboración racional, en la medida en que las conclusiones estén más alejadas de los primeros principios que hacen de premisas. En este último caso, será mayor la dificultad para llegar a conclusiones que puedan ser más compartidas por todos los miembros de una comunidad.

Como ya sabemos, para la perfección de este conocimiento de los principios se presupone también una recta inclinación de la inteligencia a la verdad y de la voluntad hacia lo que es bueno y justo. Es en esto en lo que consisten *la prudencia y la justicia* como virtudes. Los principios y sus consecuencias se conocen mejor por aquellos que son justos y prudentes. Lo cual significa la profunda conexión que en la práctica existe entre derecho y moral.

Finalmente, en relación con los principios secundarios, cabe preguntarse dónde termina el derecho natural y dónde comienza ya el llamado derecho positivo. Una parte de la doctrina iusnaturalista, adoptando quizá una actitud minimalista, considera que sólo los principios primarios pueden considerarse propiamente de derecho natural. Otra parte de esa doctrina considera que también los principios secundarios son de derecho natural, en la medida en que las conclusiones se pueden considerar implícitas en las premisas y participen de su misma fuerza de obligar³².

6.3. *La unidad entre derecho natural y positivo*

Aquí es dónde se plantean ya las relaciones entre *el derecho natural y el derecho positivo*. Mientras que el derecho natural se corresponde con lo justo na-

³² Como afirma Tomás de Aquino, «todo lo que se sigue como conclusión de lo que es justo por naturaleza, es también justo por naturaleza». TOMÁS DE AQUINO, *In decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, V, lect. 12, n. 1023.

tural o la justicia natural, según la naturaleza de la cosa –*natura rei*– en una determinada relación jurídica, el derecho positivo se corresponde con lo que es justo teniendo en cuenta también las leyes positivas. Ya hemos visto más arriba cómo habrán de derivar las leyes positivas de la ley natural para que puedan reconocerse como leyes justas. De manera semejante, también el derecho positivo habrá de basarse en el derecho natural para que pueda considerarse como *derecho justo*.

Para la teoría clásica del derecho natural, el derecho natural no es suficiente para regular todas las relaciones jurídicas que se pueden existir en la sociedad. Los principios del derecho natural tienen necesidad de ser desarrollados por leyes y normas concretas que den respuesta a todas las circunstancias de la vida social. De ahí la necesidad de las leyes positivas, que son las que establecen las determinaciones y concreciones requeridas por esas circunstancias.

Por eso, se puede hablar de una *unidad* y de una *complementariedad entre el derecho natural y el derecho positivo*. Esta unidad se basa en una mutua implicación dentro del ordenamiento jurídico, que le da a éste una estructura orgánica. El derecho natural y el derecho positivo se pueden considerar como dos partes distintas del orden jurídico, pero no son dos partes separadas, sino unidades dentro de un mismo *corpus iuris*³³.

En esta unidad orgánica ha de basarse también la *mutua armonía* que debe existir entre derecho natural y derecho positivo, en la que cada parte ha de desempeñar la función que le corresponde en virtud de su distinta naturaleza. En este sentido, el derecho natural hace de fundamento y el derecho positivo habrá de construirse sobre él. De ahí las *funciones* que son propias de los

³³ Este planteamiento se encontraba ya en la jurisprudencia romana clásica. Así, por ejemplo, Gayo se refiere al derecho civil y al derecho de gentes como dos partes de un mismo orden jurídico. Según Gayo «todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres se valen, en parte de su propio derecho (*partim suo proprio*), en parte del derecho que es común a todos los hombres (*partim communi omnium hominum ius utuntur*)». A ese derecho propio de cada pueblo lo llama derecho civil (*ius civile*), mientras que al derecho que usan todos los hombres lo llama *ius gentium*. Pero hay que tener en cuenta que para Gayo el *ius civile* es el derecho propio de cada ciudad (*quasi ius proprium ipsius civitatis*) y que el *ius gentium* es el derecho que «la razón natural constituye para todos los hombres» (*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*). Es decir, lo que Gayo llama *ius gentium* es el derecho natural. El derecho civil y el derecho natural son, por tanto, dos partes de un mismo ordenamiento jurídico. Esto mismo lo refiere también al pueblo romano, cuando afirma que «el pueblo romano se sirve, en parte de su propio derecho (*partim suo proprio*) y en parte del que es común a todos los hombres (*partim communi omnium hominum*)». GAYO, *Institutiones*, I, 1.

principios del derecho natural respecto al derecho positivo: son principios inspiradores, son principios de interpretación, son principios supletorios y son los límites dentro de los cuales ha de moverse el derecho positivo. Esto significa también que, en caso de conflicto entre el derecho natural y el positivo, habría que dar *prevalencia al derecho natural*³⁴.

Finalmente, podríamos hablar también del papel de la *equidad* a la hora de aplicar las leyes positivas en las circunstancias concretas. Dada la generalidad de las leyes promulgadas por el legislador de una comunidad, a veces la aplicación estricta de una ley positiva a unas circunstancias que no habían sido previstas exactamente por el legislador, podría producir una injusticia notoria (*summum ius, summa injuria*)³⁵.

La equidad es el modo de corregir esa injusticia, acudiendo en el caso a la justicia natural, es decir a los principios del derecho natural. La equidad es una virtud general, pero sobre todo es muy propia de los jueces, por ser éstos los órganos encargados de la interpretación y aplicación del derecho en los casos concretos. En la larga etapa de vigencia del derecho romano, la equidad desempeñó un papel muy importante para corregir el rigor y la dureza que a veces tenía la *lex* permitiendo el recurso al derecho natural como *naturalis ratio*³⁶.

7. LA TEORÍA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

7.1. *La teoría del derecho natural*

Los principios sobre el derecho y la justicia que hemos tratado de exponer brevemente en las páginas anteriores forman parte de lo que podríamos llamar la *teoría clásica del derecho natural*. Esta teoría se ha desarrollado a lo largo de muchos siglos de elaboración doctrinal. Se puede decir que es el fruto de una amalgama de pensamiento que comenzó con la filosofía griega, que siguió con el derecho romano, y que fue llevado a su culminación por la teología cristiana.

³⁴ Así pensaban también los juristas romanos como Gayo, que contraponen la *civilis ratio*, en la que se basa el derecho civil, y la *naturalis ratio*, en la que se basa el derecho natural. En caso de conflicto, prevalece el derecho natural, que no puede ser derogado por el civil: «la razón civil –la ley o norma civil– puede derogar los derechos civiles, pero no los derechos naturales (*civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*)». GAYO, *Institutiones*, I, 158.

³⁵ Se trata de una expresión clásica. Se puede encontrar, entre otros, en CICERÓN, *De officiis*, I, 10, 33.

³⁶ Como ya hemos visto en citas anteriores de Gayo, en la jurisprudencia romana las expresiones *ius naturale*, *naturalis ratio* o *aequitas naturalis* se usan con un significado equivalente.

Dentro de la filosofía griega, habría que destacar las aportaciones de Platón y de Aristóteles, así como las de la Escuela estoica. De hecho, esa doctrina clásica del derecho se configuró muy decisivamente como consecuencia del feliz encuentro entre la filosofía estoica y la jurisprudencia romana clásica de los siglos II-III de nuestra Era.

Esa elaboración continuó a lo largo de la Edad Media europea, en las glosas y comentarios de los grandes juristas –civilistas y canonistas– del derecho común europeo a algunos textos del *corpus iuris civilis*, o a algunos textos del Decreto de Graciano y de las Decretales que se incorporaron después al *corpus iuris canonici*.

Respecto a las aportaciones de la teología cristiana, habría que mencionar en primer lugar a la Patrística, y después a la Escolástica medieval, en la que destaca la figura de Tomás de Aquino. Esta elaboración continuó después con la llamada Escuela española del derecho natural y de gentes, en los siglos XVI-XVII –Vitoria, Soto, Suárez, etc.–, con sus grandes tratados de *iustitia et iure* y de *legibus*. Finalmente, ha continuado en época más reciente, especialmente con el renacimiento neotomista que tuvo lugar a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX³⁷.

7.2. La teoría positivista del derecho

A pesar de esta teoría clásica del derecho natural a la que nos estamos refiriendo, no podemos desconocer, sin embargo, que hay un planteamiento “más moderno” del derecho, en el que predomina un *concepto normativista o legalista del derecho y de la justicia*. Para este planteamiento, el derecho y la justicia tienden a confundirse con la ley, a la vez que la ley queda reducida a la ley positiva y ésta se atribuye sobre todo a un acto de voluntad. Paralelamente, el derecho tiende a identificarse con el *derecho positivo legal* y la justicia con la *justicia positiva legal*. El derecho natural y la justicia natural, de los que hablaba la doctrina clásica del derecho, han desaparecido del horizonte jurídico positivista.

Este planteamiento positivista del derecho es también fruto de un largo proceso que comenzó a gestarse en la Baja Edad Media, sobre todo a partir del nominalismo y del voluntarismo jurídico iniciado por Guillermo de Ockam.

³⁷ Puede verse J. HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 1987. IDEM, *Síntesis de Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 2006.

Continuó después en la Edad Moderna con el empirismo de algunos pensadores ingleses, como Thomas Hobbes, y con el racionalismo de la llamada Escuela Moderna del derecho natural de los siglos XVII y XVIII (Grocio, Pufendorf, Thomasio). Se puede considerar decisiva la filosofía crítica de Kant, que propició un planteamiento idealista del derecho (basado en las formas *a priori* del conocimiento), continuado después por los diversos neokantismos de carácter formalista.

Así se llegó al positivismo de los siglos XIX y XX, que rechaza la metafísica y no admite más conocimiento que el que se basa en el método utilizado por las «ciencias experimentales», cuyo objeto queda reducido al estudio de los fenómenos empíricos, dentro de las cuales incluye a las ciencias sociales y a la ciencia jurídica. Un buen exponente del positivismo jurídico del siglo XX puede considerarse la llamada «teoría pura del derecho» de Hans Kelsen, que rechazando explícitamente el derecho natural, reduce el derecho y la justicia a un sistema de normas³⁸.

Así pues, para el *positivismo jurídico*, con todos los matices que sería necesario hacer según sus diversas modalidades, el derecho y la justicia quedan reducidos esencialmente a un sistema de normas, cuya validez dependerá sobre todo de si han sido aprobadas según los procedimientos formales establecidos por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, este ordenamiento jurídico está basado, a su vez, sobre un poder coactivo dotado de soberanía, la que actualmente suele coincidir –con todas las excepciones que se quieran hacer para dejar espacio también al derecho internacional– con el poder del Estado.

Desgraciadamente, éste es el planteamiento más generalizado dentro de la cultura jurídica actual, a pesar de los excesos a los que condujeron los regímenes totalitarios de la Europa del siglo XX, y que desencadenaron también la guerra mundial. Para la cultura jurídica dominante, el derecho viene a identificarse prácticamente con el derecho positivo o derecho legal, y éste, a su vez, se identifica con el *derecho del Estado*, pues el Estado es quien ejerce principalmente la soberanía.

³⁸ La obra en la que expone su *Reine Rechtslehre* fue publicada en 1934 y una segunda edición en 1960. La traducción castellana a la segunda edición en H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México D.F. 1991.

La última elaboración de su teoría la hizo en una obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, que fue publicada en 1979. Existe también traducción al castellano: H. KELSEN, *Teoría general de las normas*, México D.F. 1994.

7.3. *La crítica al positivismo jurídico*

Pero, como ya hemos dicho anteriormente, las leyes no pueden reducirse esencialmente a los actos de una voluntad con potestad coactiva, aunque se tratase de una voluntad soberana; ni tampoco basta que las leyes sean formalmente correctas, de acuerdo con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico, para que sean leyes que puedan obligar a su cumplimiento; las leyes han de ser también justas, es decir, han de ser conformes con la justicia y con el derecho.

Por eso, es necesario confrontar el derecho o la justicia que estuvieran basados solamente en las normas legales, con el derecho y la justicia en el sentido objetivo y real que hemos considerado. Cuando el derecho positivo no fuese conforme con el derecho natural o con la justicia natural, la doctrina clásica del derecho natural consideraba que el derecho positivo no era justo y, por tanto, no podía ser un derecho sustancialmente válido, que fuese aplicable al caso, sino que debía prevalecer el derecho natural o la justicia natural.

Por eso, aquí desempeñaba también un gran papel la *equidad*, como una de las tareas principales que debían realizar los jueces, mediante la corrección de las normas legales y su adecuación a las circunstancias del caso concreto. Sólo por una cierta perversión del concepto de derecho, a cuyas causas ya nos hemos referido, se podría sostener lo que sostiene el legalismo y el positivismo jurídico.

Por tanto, nada tiene de extraño que incluso dentro del positivismo jurídico hayan surgido actitudes críticas, que han llevado a replantearse determinadas cuestiones o conclusiones científicas. Así ocurrió en relación con la teoría pura del derecho de Kelsen, que ha sido objeto de duros análisis críticos por parte de muchos otros autores, algunos de los cuales son también positivistas. Entre estos últimos habría que citar, por ejemplo, al británico Herber L. A. Hart³⁹ o al italiano Norberto Bobbio⁴⁰.

Sin embargo, aunque se puedan criticar determinados planteamientos del positivismo desde el propio positivismo, como de hecho ha ocurrido, tam-

³⁹ La que puede considerarse quizá como su obra principal fue publicada en 1961, aunque a ésta siguió luego una reelaboración posterior que no llegó a terminar. Existe traducción castellana: H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires 1994.

⁴⁰ Sus principales obras de teoría del derecho fueron escritas en la década de los cincuenta y comienzos de los sesenta. Hay una traducción castellana en N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Madrid 1991. Sobre la cuestión del positivismo jurídico, N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, México 1991.

bién parece difícil superar el planteamiento positivista si se sigue utilizando esencialmente un método positivista. Parece que no será fácil salir del positivismo si no se abandona el *método científico-positivista*.

En esta última línea parecen encontrarse los intentos de una parte de la teoría jurídica actual por hallar una respuesta al positivismo jurídico desde posiciones que se suelen calificar de “objetivistas”. Es decir, se busca un fundamento para el derecho que no sea sólo la ley positiva, sino un fundamento que se base en unas estructuras objetivas, ya sean de carácter lógico, ontológico, axiológico, etc.

Por eso, si nos situamos dentro de este planteamiento, podríamos distinguir a su vez diferentes posiciones, según sean las ideas en las que se sustente. Algunas de ellas podrían conectar de diversos modos con la doctrina del derecho natural o con el iusnaturalismo, de tal modo que algunos de sus representantes podrían ser considerados o han sido considerados de hecho como iusnaturalistas. En todo caso, a todo ese conglomerado de ideas y de doctrinas es a lo que se ha llamado *objetivismo jurídico*.

7.4. *Iusnaturalismo clásico y realismo jurídico*

Como ya sabemos también, hay una doctrina clásica del derecho natural, un “iusnaturalismo clásico”, que tiene un contexto histórico y unos perfiles doctrinales característicos, que sustancialmente coinciden con lo que hemos llamado también “realismo jurídico”⁴¹. Esta doctrina del derecho natural se podría reducir o bien se podría ampliar lo que se quiera en cuanto a su contenido, pero al menos habría que respetar aquellos límites que sean necesarios para no lesionar sus características esenciales. Por eso, la teoría clásica del derecho natural no se puede considerar como una corriente más del objetivismo jurídico, sino que es más bien el *contexto histórico* que lo precede y, por tanto, un *punto de referencia* ineludible para no intentar construir la alternativa al positivismo sobre el vacío.

Entre los puntos básicos que se podrían destacar de esa doctrina cabría subrayar su profunda *unidad*. Esta unidad está basada en la estrecha correlación que existe entre esas nociones fundamentales que hemos tenido en cuen-

⁴¹ Este «realismo jurídico clásico» habría que distinguirlo de otras formas de «realismo jurídico», como del llamado realismo jurídico americano (Holmes, Llewellyn, Frank) o del realismo jurídico escandinavo (Olivecrona, Ross), que son más bien diferentes formas de empirismo jurídico.

ta en este estudio: las nociones de justicia y de derecho, de prudencia y de ley, en las que se basa una buena parte de esa teoría. Todas ellas son nociones correlativas y convergentes, a su vez, en la noción de *orden*, que es también una noción clave para entender esa unidad y mutua implicación.

Remitiéndonos a lo ya dicho más arriba, todo esto podríamos resumirlo de nuevo así: la justicia es el orden objetivo que hay que realizar en la sociedad, cuyo fundamento es la naturaleza humana y la dignidad de la persona, pero es también una virtud que reside en la voluntad, cuyo objeto es el derecho, como el justo medio de ese orden de la justicia que es la meta a conseguir. La ley es la regla de ese orden de la justicia, en cuanto que ese orden es conocido y es medido por la razón. La prudencia es también una virtud, como la justicia: reside en la razón y tiene por objeto la elección de los medios en orden al fin; por eso, en el caso de la prudencia jurídica, su objeto es elegir ese justo medio, ordenado a la realización de la justicia, al que llamamos derecho. El derecho es, a su vez, ese justo medio de la prudencia y de la justicia, y será derecho natural o derecho positivo, según esté medido y regulado por la ley natural o por la ley positiva.

Otro punto que conviene destacar es que la teoría clásica del derecho natural no es la creación artificial de un algún autor o de alguna escuela filosófica o jurídica. En su elaboración han intervenido grandes representantes del pensamiento filosófico y jurídico de la Antigüedad, de la Edad Media y de la Edad Moderna hasta la actualidad. Pero no es el *patrimonio* de un solo autor, ni de una sola escuela de pensamiento filosófico o jurídico, si bien es verdad que algunos grandes autores han hecho aportaciones que han podido ser decisivas para su configuración.

Se podría decir, por tanto, que esa teoría es más bien como una *planta de raíces profundas*, que ha ido creciendo paulatinamente de un modo natural, a la sombra de diversos autores o escuelas, a la vez que ha sido también regada y cultivada sin descanso, de manera que ha podido superar las inclemencias del tiempo o del ambiente, a veces hostil, en el que crecía. En todo caso, no parece haber sido una planta de invernadero.

También se podría decir que es como un *cuerpo de doctrina* que ha surgido naturalmente, y que ha ido también creciendo naturalmente y de un modo homogéneo, a semejanza de como lo hace un organismo o un cuerpo vivo. De ahí también esa profunda unidad de la que hablamos.

El último punto que cabía destacar es que la doctrina enseñada por esta teoría vale en la medida en que sus razones y conclusiones sean verdaderas, es

decir, en la medida en que respondan a la realidad de las cosas. Por eso, se la ha calificado y se la puede calificar también ahora de *realismo jurídico*. La teoría clásica del derecho natural vale tanto cuanto vale su adecuación a la verdad y a la realidad del derecho y de la justicia. Por eso, se hace necesario también que sea continuamente repensada, generación tras generación, y no hay que limitarse a recibirla pasivamente, como un legado de la tradición jurídica y filosófica.

8. CONCLUSIÓN: EL SENTIDO NATURAL DE LA JUSTICIA

Por tanto, y en definitiva, es necesario cultivar ese sentido natural de la justicia que está en la base de la ley natural y del derecho natural, y que está grabado profundamente en el corazón humano. Este sentido de la justicia es el que nos ha de llevar a buscar continuamente la verdad a cerca de la justicia y del derecho. Esta búsqueda es la tarea, en cualquier época, de todo conocimiento jurídico que pretenda ser honesto. Es, por tanto, la tarea de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho, pero es también la tarea de la prudencia jurídica, de la jurisprudencia. Es la tarea de los juristas en su quehacer diario, y es la tarea de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, al investigar la justicia del caso concreto.

La finalidad de ese sentido de la justicia y de la búsqueda de lo justo es que cada uno tenga lo suyo, lo que le pertenece por ser persona y sujeto de derecho. Por eso, la verdad sobre la justicia y el derecho sólo podrá encontrarse a partir de un conocimiento profundo de la realidad sobre la que se fundamenta, que no es otra que la *dignidad de la persona humana*.

Ya hemos visto más arriba la estrecha unidad que ha de existir entre la justicia y la prudencia para que se pueda llegar, no sólo al conocimiento de la verdad jurídica, sino también a la voluntad de resolver los casos concretos conforme a ella. El jurista es esencialmente “jurisprudente”, lo cual significa que ha de ser justo y prudente a la vez: mediante el hábito intelectual de la prudencia se conoce la verdad sobre la justicia y el derecho, mediante el hábito volitivo de la justicia se tiene esa voluntad de dar a cada uno lo suyo, que resulta imprescindible para la realización de lo justo.

Por consiguiente, *la justicia y la prudencia* han de ser las virtudes fundamentales de un jurista, lo cual es especialmente importante en el caso de los jueces, que son los jurisprudentes por antonomasia, en cuanto encargados de la tarea de interpretar y de aplicar el derecho aquí y ahora, de la que depende a su vez la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial.

Por eso, la verdad sobre la justicia y el derecho no puede basarse sólo en los textos legales, aunque estén formalmente aprobados de acuerdo con los procedimientos jurídicos correspondientes. Será necesario sin duda tenerlos presente y conocer esa legalidad, pero sobre todo habrá que valorar su adecuación a la justicia. La *verdad jurídica* habrá que buscarla e investigarla con honestidad, poniendo en juego todos los recursos del conocimiento jurídico, cuyo fundamento y cuya fuente principal es la naturaleza del hombre y la dignidad de la persona.

Esta tarea tendrá que ir acompañada del esfuerzo que merece, tratando de superar todo tipo de dificultades, como son aquellas que proceden de la propia comodidad o de intereses partidistas. También exigirá saber enfrentarse a los prejuicios de la cultura dominante y a las presiones de lo que se considera políticamente correcto. Si las cosas no fueran así, los juristas nos habríamos convertido en meros legistas, conocedores quizá de las leyes, pero no de la justicia y del derecho, que son el verdadero objeto de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia.

Por tanto, los juristas necesitamos algo más que un mero conocimiento de las normas jurídicas. Nos hace falta algo que quizá no se aprende solamente en los libros: cultivar ese *sentido natural de la justicia* que deberá transformarse en un *hábito*, hasta llegar a ser esa «constante y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo» en la que consiste la *virtud de la justicia* desde la antigüedad clásica. Sólo este deseo de ser justos podrá evitar que nos convirtamos en los instrumentos o en los cómplices de esa dictadura del positivismo jurídico que domina la cultura jurídica actual⁴².

⁴² Para poder completar o desarrollar algunas de las cuestiones tratadas en este artículo, se puede ver también A. APARISI, *Ética y deontología para juristas*, Pamplona 2006; ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid 1981; J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid 1901; B. DE CASTRO CID, *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid 1907; J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires 2000; J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona 1907; IDEM, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona 1908; A. MAC INTYRE, *Justicia y racionalidad*, Madrid 2001; A. OLLERO, *El derecho en teoría*, Cizur Menor (Navarra) 2007; A. PASSERIN D'ENTREVES, *Derecho Natural*, Madrid 1972; A. PÉREZ LUÑO, *Teoría del derecho*, Madrid 1907; J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales* (véase especialmente la prudencia y la justicia), Madrid 1976; PLATÓN, *La República*, Madrid 1969; G. ROBLES, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid 2003; F. SUÁREZ, *De legibus ac Deo Legislatore*; TOMÁS DE AQUINO, *De legibus (Summa Theologiae, I-II, qq. 90-97)*; IDEM, *De iustitia et iure (Summa Theologiae, II-II, qq. 57-60)*; M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, 2 vols., Pamplona 1979 y 1981.

Bibliografía

- AGUSTÍN DE HIPONA, *Contra Faustum*, XXII, 27 (PL, XLII, 418).
 —, *De civitate Dei*, XIX, 13, 1 (PL, XLI, 640).
 APARISI, A., *Ética y deontología para juristas*, Pamplona 2006.
 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid 1981.
 BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid ³2001.
 BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid 1991.
 —, *El problema del positivismo jurídico*, México 1991.
 CICERÓN, *De officiis*.
 —, *De republica*.
 DE CASTRO CID, B., *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid ³2007.
 D'ORS, Á., *Derecho Privado Romano*, Pamplona ¹⁰2004.
 DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona 1992.
 —, *Los derechos en serio*, Barcelona 1993.
 —, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona 1993.
 —, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets 2000.
 FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires 2000.
 GAYO, *Institutiones*.
 HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires ²1994.
 HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 1987.
 —, *Síntesis de Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 2006.
 —, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona ¹⁰2007.
 —, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona ²2008.
 HOBBS, T., *De cive*.
 ISIDORO DE SEVILLA, *Etymologías*, Madrid 1951.
 JUSTINIANO, *Digesto*.
 KANT, I., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid 1954.
 KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México D.F. 1991.
 —, *Teoría general de las normas*, México D.F. 1994.
 —, *Bases de la teoría del Derecho Natural*, Ius Canonicum, vol. II, fascículo II (1962) 577-584.

- MAC INTYRE, A., *Justicia y racionalidad*, Madrid 2001.
- OLLERO, A., *El derecho en teoría*, Cizur Menor 2007.
- PASSERIN D'ÉNTREVES, A., *Derecho Natural*, Madrid 1972.
- PÉREZ LUÑO, A., *Teoría del derecho*, Madrid 2007.
- PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales* (especialmente la prudencia y la justicia), Madrid 1976.
- PLATÓN, *La República*, Madrid 1969.
- RAWLS, J., *La justicia como equidad*, Madrid 2002.
- , *Teoría sobre la justicia*, México 2006.
- ROBLES, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid 2003.
- SUÁREZ, F., *De legibus ac Deo Legislatore*.
- TOMÁS DE AQUINO, *De legibus* (*Summa Theologiae*, I-II, qq. 90-97).
- , *De iustitia et iure* (*Summa Theologiae*, II-II, qq. 57-60).
- , *In decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*.
- VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, 2 vols., Pamplona 1979 y 1981.